



PRIMERA EDICIÓN OFICIAL



Ministerio de Justicia  
y Derechos Humanos

# Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional

---

(Tomo I)

---

**Primera parte:**

Derecho Constitucional y  
Derecho Procesal Constitucional

**Segunda parte:**

Derecho Administrativo

5

Colección Jurídica  
Se incluye versión digital



Primera Edición Oficial: Agosto 2016

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD  
Presidente Constitucional de la República

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO  
Ministra de Justicia y Derechos Humanos

EDGAR ENRIQUE CARPIO MARCOS  
Viceministro de Justicia

GISELLA ROSA VIGNOLO HUAMANÍ  
Viceministra de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

TOMMY RICKER DEZA SANDOVAL  
Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

SETI JAIR ANGELINO PEREZ  
Director de Sistematización Jurídica y Difusión (e)

INGRID MARIA DEL CARMEN BOCANEGRA CALDERÓN  
Abogada de Ediciones de Textos Legales Oficiales

JESSICA MIRELLA NUÑEZ CANSINO  
KAREN ROSARIO DE LA CRUZ HUAMANCAJA  
MELINA MILAGROS MOGROVEJO ROMÁN  
STEFHANIE CISNEROS SALAZAR  
Colaboradores de la Revisión y Actualización



**TOMMY R. DEZA SANDOVAL**  
Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico  
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

**DERECHOS RESERVADOS  
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

## **DISTRIBUCIÓN GRATUITA**

Derechos de Edición  
2016 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
Calle Scipión Llona N° 350 - Miraflores, Lima 18  
Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

Banco de Crédito del Perú - BCP  
Calle Centenario N° 156 Urb. Las Laderas de Melgarejo - La Molina, Lima 12

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-10398  
ISBN: 978-612-4225-21-5

Se terminó de Imprimir en setiembre del 2016 en:

Tiraje : 6500  
Razón Social : Litho & Arte S.A.C.  
Domicilio : Jr. Iquique N° 046 - Breña



# Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

*“Tú también tienes derechos y deberes”*



# [ Prólogo ]

## Los precedentes del Tribunal Constitucional: Una tipología

Pedro P. Grández Castro<sup>1</sup>

“Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular, las leyes inconstitucionales se mantienen válidas –sin poder anular su inconstitucionalidad– equivale mas o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”

**H. Kelsen**, *La garantía jurisdiccional de la Constitución –La justicia constitucional–* (1928)

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano; 3. La doctrina constitucional frente al legislador; 4. Interpretaciones constitucionalmente vinculantes; 5. Decisiones con reserva de nulidad; 6. Los vínculos desde la cosa juzgada; 7. La doctrina constitucional frente a los jueces; 8. *Leading case* o doctrina de la dignidad; 9. Precedentes formalmente vinculantes; 10. Algunas consideraciones finales

### 1. Introducción

La publicación por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de un volumen que recoge todos los precedentes formalmente vinculantes que ha emitido el Tribunal Constitucional al amparo del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>2</sup>, me permite una breve reflexión sobre los alcances y la tipología de las decisiones vinculantes del máximo Tribunal jurisdiccional de nuestro país.

El primer precedente vinculante con estas características fue emitido mediante sentencia en el Expediente N° 03771-2004-PHC, publicado el 2 de febrero de 2005. En este mismo año, el Tribunal emitió 19 de los 50

1 Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo: pgrandez@puccp.pe

2 **Artículo VII.- Precedente.-** Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

precedentes que se han emitido a la fecha<sup>3</sup>. En el año 2006, esta cifra cayó a 8, mientras en el año 2007 siguió cayendo a 6. En el año 2011, el Tribunal solo emitió un precedente, mientras que los años 2012 y 2013 no se emitió ninguno. La actual composición, que ingresó en el año 2014, solo ha emitido 4 precedentes vinculantes a la fecha<sup>4</sup> y, en general, puede decirse que en estos 11 años de vigencia del Código Procesal Constitucional, los precedentes vinculantes no siempre han recogido los razonamientos de mayor relevancia que ha producido el Tribunal Constitucional.

De ahí que, más allá del nombre formal de *precedentes vinculantes*, conviene identificar las diversas modalidades y efectos que adoptan los precedentes en un sentido más amplio del término, esto es, como decisión o *razonamiento constitucional* del máximo Tribunal que despliega efectos en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el propósito de este trabajo es presentar una tipología de las decisiones vinculantes del Tribunal Constitucional, a partir de la forma como actúan sus decisiones en el marco del sistema constitucional peruano.

Se trata por tanto de una reconstrucción de tipo descriptiva en la mayor medida posible. Desde luego, algunas de las conclusiones a las que se puede arribar observando esta realidad, pueden servir para identificar variables comunes en otros contextos o sistemas. En el caso peruano, desde la vigencia del Código Procesal Constitucional (01.12.04), con la incorporación de un modelo canónico de precedente jurisdiccional, se ha abierto un debate sobre el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal constitucional. No obstante, ese debate ha reducido el alcance de la vinculación de las decisiones del máximo Tribunal a un grupo limitado de decisiones calificadas por el propio Tribunal como precedentes, dejando fuera de esta consideración a un importante grupo de decisiones, incluso aquellas que caracterizan a un Tribunal de tipo kelseniano, como es el caso de las decisiones que declaran la invalidez de una Ley o las decisiones interpretativas que también se emiten en este tipo de procesos.

Es probable que una imagen completa de todas las manifestaciones de vínculos con sus variadas formas e intensidades, no sea posible de captar en términos abstractos y generales. En cualquier caso, en lo que sigue quisiera llamar la atención de algunas de estas manifestaciones, asumiendo como telón de fondo, la necesidad de visualizar en el precedente fomal vinculante,

3 Cfr. Para el índice de los precedentes al año 2014, el minucioso índice elaborado por Juez David Abanto y el profesor Samuel Abad Yupanqui, disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/2014/09/24/indice-tem-tico-de-precedentes-vinculantes-del-tc/>, consultado el 5 de agosto de 2016.

4 Caso Huatuco Huatuco (Exp. EXP. 05057-2013-13A/TC ), Caso Elgo Ríos (EXP. N° 02383-2013-PA/TC); Caso Vasquez Romero (EXP. N° 00987-2014-PA/TC) y Caso Toledo (EXP. N.º 04968-2014-PHC/TC)

solo una de estas manifestaciones del carácter vinculante de las decisiones del TC, quizá la que con mas celo habría que vigilar, en la medida que en los últimos años ha sido en este espacio donde el TC ha puesto en riesgo, en mas de una ocasión, su legitimidad y prestigio.

Una reconstrucción en sentido mas amplio de los vínculos que despliegan las decisiones del Tribunal, requieren sin embargo, precisar en qué sentido debemos entender el término “vinculante”. Como lo ha hecho notar Schauer; aunque en una primera impresión “cuando imaginamos una regla o un límite como vinculante, pensamos que es inevitable, que no deja lugar a la elección” o que los límites impuestos por tales reglas, son “absolutos o incapaces de ser vencidos por otras consideraciones”; no obstante, “en el derecho como en la vida, las obligaciones genuinas pueden ser desplazadas por otras más fuertes, sin perder así su fuerza como obligaciones”<sup>5</sup>.

En tal sentido, entendemos por vinculantes las decisiones que, en principio, generan obligaciones a sus destinatarios conforme a lo dispuesto, ya sea en el fallo o en los argumentos. Los vínculos visto en este sentido no son mandatos inexorables y pueden por tanto merecer, cuando no desplazamientos, al menos consideraciones sobre su pertinencia y relevancia antes de ser asumidos como tales. También los destinatarios varían. A veces el Tribunal Constitucional decide en abstracto y para todos (con efectos *erga omnes*); en otros casos, sin embargo, sus decisiones tienen destinatarios individualizados o identificables.

Las decisiones también pueden ser apreciadas en sus vínculos no solo a partir de sus destinatarios, sino por la intensidad en que se expresan. Algunas decisiones pueden considerarse que generan vínculos estrictos o mas intensos, otras veces en cambio, solo generan vínculos a “tener en cuenta” o que pueden resultar persuasivos en casos futuros. Finalmente, la vinculación, que siempre como se ha dicho desde el comienzo no es inexorable en cualquier sistema jurídico, puede también expresarse a partir de otro tipo de consideraciones, por ejemplo; el tipo de procesos; el tipo de relación que existe entre el Tribunal y el sistema judicial; la forma de decisión o el tipo de sentencias e, incluso, atendiendo al modelo de justicia constitucional instaurado en un determinado contexto: si un modelo concentrado, un modelo difuso, mixto, paralelo o incidental, en cada sistema las relaciones de vínculos pueden establecerse de maneras diferentes<sup>6</sup>.

5 Cfr. Schauer, F. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. De Tobías J, Schleider, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 90.

6 Sobre los tipos de decisiones de los Tribunales en función del modelo de justicia constitucional puede verse, Pegoraro, L. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2004, especialmente p. 110 y ss.

## 2. El “gobierno” de las interpretaciones: El Tribunal Kelseniano

Antes de avanzar con la tipología que intento presentar en el contexto de un Tribunal de clara orientación kelseniana como es el caso del Tribunal peruano, conviene llamar la atención sobre algunos de los rasgos que identifican a los dos modelos que conocemos en la actualidad, aun con sus matices y desarrollos sobre el control de constitucionalidad de la legislación: el concentrado y el difuso y sus distintas variantes<sup>7</sup>.

En esta valoración, desde luego, no puede perderse de vista que también los fundamentos filosóficos y presupuestos prácticos se colocan en extremos a veces irreconciliables. El resumen mas elocuente sobre estas diferencias, corresponde a Luis Prieto: “(...) el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces”<sup>8</sup>. De esta arquitectura, solo puede surgir un modelo de legislación depurada, mas no un modelo de precedentes a partir del juzgamiento de casos.

Por otro lado, como es conocido, en el modelo de *revisión judicial* americano el control constitucional de la legislación se produce a través de casos concretos resueltos por los tribunales. De esto resulta que la identificación del caso y sus particularidades se convierte en el centro de discusión para la imputación de vínculos al razonamiento del Tribunal a través de sus sentencias. Al punto es esto un rasgo relevante, que hay autores que sostienen que el precedente en el sistema del *Common Law* no puede consistir en meras interpretaciones de la Ley, como tampoco puede ubicarse en las consideraciones sobre los hechos presentados por las partes. Lo que resulta relevante, se suele afirmar, debe ser analizado a la luz de las razones y consideraciones que el Tribunal realiza de cara a la decisión que toma y *necesariamente* vinculado a las peculiaridades del caso resuelto con antelación<sup>9</sup>.

7 Sobre la evolución o hibridación de los modelos de justicia constitucional y la búsqueda de nuevas lecturas desde la perspectiva comparada, puede verse, Vagni, Silvia (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bononia University Press, 2013.

8 Prieto Sanchín, Luis; “Iusnaturalismo, positivismo y control de ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, en: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Nº 4, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Rebelión de las Leyes / coord. por Juan Luis Requejo Pagés), p. 100.

9 Este es el concepto estándar de precedente para los sistemas del *Common Law* pese a sus diferencias entre el precedente inglés y norteamericano según las anotaciones de R. Cross y J. W. Harris: “En la práctica judicial inglesa, escriben, cualquiera de las afirmaciones hechas por un juez de manera implícita o explícita en relación con la regla jurídica en la que base su decisión, **necesariamente** deben interpretarse a la luz del *Case Law* preexistente en el momento en que dicha regla sea estudiada por el juez posterior o por cualquier otro interesado en el asunto ...” Cfr. De los autores, *El precedente el sistema inglés*, Trad. De M<sup>ª</sup> Angélica Pulido, Marcial Pons, 2012, p. 69 (negrita agregada).

En materia de interpretación de la legislación, la concepción según la cual, el precedente no hay que ubicarlo en las interpretaciones abstractas de la ley realizadas por el tribunal que emite el precedente, parece ser mas bien una herencia de la tradición inglesa del precedente.

Esta concepción aparece con claridad en una cita de Lord Denning que se recoge en el clásico manual de Rupert Cross y J.W. Harris, en el que se sugiere que los jueces no están sometidos a las interpretaciones realizadas en abstracto, sino en todo caso, debe tomarse en cuenta las peculiaridad del caso, puesto que, “al interpretar la ley, la única función del Tribunal es aplicar las palabras de la ley a una determinada situación. Una vez se ha llegado a la decisión en dicho caso concreto, señala, la doctrina del precedente nos lleva a aplicar la ley de la misma forma en cualquier situación similar, pero no en una situación diferente. Así, cuando surja una nueva situación que no esté cubierta por las decisiones previas, el Tribunal deberá guiarse por la Ley y no por la palabra de los jueces”<sup>10</sup>

Cross y Harris admiten que “aunque sería ir demasiado lejos el afirmar que existe una práctica establecida según la cual las decisiones sobre la interpretación de una Ley solamente se consideran precedentes de autoridad para los casos posteriores en los cuales los hechos relevantes sean similares, haciendo caso omiso de cual fue la regla de derecho que el juez consideró necesaria para dichas decisiones”<sup>11</sup>; no obstante, concluyen, existen razones de peso para considerar que la *ratio decidendi* de los casos relativos a la interpretación de las leyes pueden tener un efecto restringido. Esta breve anotación con relación al valor de la interpretación de la legislación por parte de los Tribunales, sirva para destacar cuán distintas resultan los sistemas de control constitucional en este punto. Como es conocido, los Tribunales Constitucionales, desde sus orígenes, han tenido como función principal la interpretación en abstracto de la Legislación. Sus decisiones, incluso cuando estaba vigente la tesis de su mentor, que consideraba a dichos tribunales como un “legislador negativo”, cuando estaban referidas a la anulación de una ley por inconstitucional, resultaban siempre vinculantes y con efectos generales principalmente para el legislador. Ello, desde luego, incluye como se verá luego, no solo a la parte dispositiva del fallo, sino también a los argumentos en los que se fundamenta, lo que como resulta obvio, consiste precisamente en argumentos sobre la interpretación constitucional de la Ley.

Conforme ha precisado Ahumada Ruiz, con relación a la doctrina mayoritaria hoy en día en Europa, influenciado básicamente por la concepción del

10 Voto disidente de Lord Denning en el caso *Paisner v. Goodrich* (1955), citado por R. Cross y J.W. Harris, ob. cit., p. 209.

11 R. Cross y J. W. Harris, ob. cit., p. 211.

Tribunal Federal Alemán<sup>12</sup>, los efectos de una decisión del Tribunal Constitucional, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, lo que incluye a sus fundamentos determinantes<sup>13</sup>.

“los poderes públicos no están simplemente obligados a cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva o, dicho de otro modo, lo que el fallo de la sentencia disponga. Los poderes públicos, además habrán de conformar en el futuro su actuación a las pautas marcadas por la doctrina del Tribunal”<sup>14</sup>. El respaldo de este razonamiento, al parecer, no se encuentra en alguna teoría de la *ratio decidendi*, sino más bien en la especial ubicación de los Tribunales Constitucionales que han alterado la lógica de la división de poderes como tantas veces ha sido dicho<sup>15</sup>.

Así, existe cierto consenso de la doctrina respecto del modelo kelseniano de justicia constitucional que suele afirmar que éste [*sic*] no juzga casos o hechos, en la medida que no le corresponde «aplicar» la Constitución a casos concretos; sino más bien, toda vez que mantiene el “monopolio” de la interpretación constitucional, sus decisiones adquieren, por ese solo hecho, valor y supremacía Constitucional que afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que, por tanto, necesariamente es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales<sup>16</sup>.

- 
- 12 “[...] 5. Una sentencia que declare la nulidad de una ley, tiene no sólo [*sic*] fuerza de ley (§ 31, párrafo 2 BVerfGG), sino que también, de conformidad con el § 31, párrafo 1 BVerfGG, los fundamentos de la decisión vinculan a todos los órganos constitucionales de la federación, de manera tal que en el futuro no será posible expedir una ley federal con el mismo contenido.” Sentencia BVerfGE 1, 14 [Consecuencias de la nulidad de una ley]. Cfr. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Fundación Konrad Adenauer Stiftung, México, DF. 2009, p. 44.
- 13 Una cuestión que debe quedar abierta por ahora, es si tales “argumentos determinantes” han de extraerse con alguna técnica parecida a las técnicas de las cortes del *common law*. La separación entre *ratio* y *obiter*, parece sin embargo una separación de ficción para tribunales de tipo kelsenianos. Lo que es razón suficiente visto un caso desde una perspectiva puede cambiar radicalmente observando las cuestiones decididas desde otro prisma. Si una Ley ha sido declarada inconstitucional, las razones pueden ser diversas dependiendo si todas aquellas razones se expresaron quedaron implícitas incluso. Por otro lado, con frecuencia, no hay acuerdo entre los mismos jueces que integran un colegiado y estos pueden dejar expresado fundamentos de votos distintos que leídos en otro momento pueden resultar relevantes para un Tribunal o Juez posterior.
- 14 Cfr. Ahumada Ruiz, María A. “Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores”; en AA. VV. *Com vinculen les sentències contitucionals el legislador?*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2012, p. 47.
- 15 En este sentido Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, tercera edición, Palestra, Lima 2007. En la doctrina Alemana este parece ser también la comprensión estándar. Cfr. Jutta Linbach, “Poder y papel del Tribunal Constitucional”; en, *Teoría y realidad constitucional*, N° 4, UNED, 1999 p. 93 y ss.
- 16 Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cuarta edición, civitas, 2006 p. 63.

Este es un dato que no siempre se valora en toda su dimensión a la hora de analizar la forma en que vinculan las decisiones del TC o de la Corte Suprema, en uno y otro sistema jurídico que, por muy cercanos que hoy se sitúen, mantienen no obstante, algunas notas propias de la cultura y las tradiciones de donde provienen. En el caso de los Tribunales europeos, aunque a veces se haya sostenido que están más cercanos en su forma de actuación a la Corte Suprema de los EE. UU., en cuanto Tribunales Jurisdiccionales<sup>17</sup>; no obstante, como lo ha destacado García de Enterría, en cuanto a la forma de sus decisiones, estas no tienen parangón en la práctica constitucional norteamericana.

Así, una de esas notas “culturales” o de tradición se puede apreciar en el alcance general y *erga omnes* de sus decisiones en el control de constitucionalidad de las leyes, una característica que al tiempo de distinguir a los Tribunales Kelsenianos, suele presentarse como un “residuo de su concepción como decisión legislativa, pero, en realidad, único instrumento técnico para articular el monopolio jurisdiccional concentrado en un Tribunal Único y su relación con la pluralidad de jueces y Tribunales que mantienen enteras sus competencias de decidir litigios singulares”<sup>18</sup>.

Sea como fuere, los pocos datos que he podido reunir de cara a esta breve introducción, espero que sean suficiente para la finalidad que aquí nos convoca: llamar la atención sobre la necesidad de construir, sobre la base de una teoría distinta a la del *common law*, la teoría de las vinculaciones de las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Espero que a esta construcción sirvan las líneas que siguen, en la medida que los Tribunales constituciones de tradición kelseniana, no han necesitado hasta ahora, de una teoría de la *ratio decidendi* al estilo del *common law* para influir de manera vertical y determinante en el sistema de fuentes.

### 3. La doctrina constitucional frente al legislador

Ya en la introducción ha quedado establecido que la primera forma en que se expresan los vínculos de las decisiones del TC kelseniano es en el proceso de control abstracto de la legislación. Si bien es verdad en el modelo Europeo hay un matiz que bien puede presentar al control incidental como una variante del control concreto, en la medida que son los jueces quienes

17 Según señala Luis Prieto; “Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*”. Cfr. Prieto Sanchís, L. Ob. cit., p. 100, hay referencias en pie de página en el mismo sentido a García de Enterría y Francisco Rubio Llorente.

18 Cfr. García de Enterría, E. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español. Posibilidades y perspectivas, en *REDC*, N° 1, Enero de 1981, p. 46

instauran, a partir de un caso, el contencioso legislativo ante el Tribunal constitucional<sup>19</sup>; no obstante, el resultado, al margen de cómo inicia el proceso de control (ya sea por una demanda directa de alguno de los entes legitimados o por un juez urgido por un caso que requiere una solución constitucional), afecta al sistema jurídico en su conjunto.

Esta tesis es indiscutible respecto de la decisión que declara la inconstitucionalidad de la Ley, mas no así, respecto de los argumentos en que se basa la decisión, especialmente cuando se trata de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Recientemente, un estudio del profesor Víctor Ferreres de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, ha planteado el debate en los términos adecuados. La tesis del profesor Ferreres señala que existe una concepción tradicional en el constitucionalismo español de los últimos años que se ha mantenido hasta la actualidad, que niega el carácter de fuente vinculante a la jurisprudencia del TC con relación a los jueces del Poder Judicial. Entre los fundamentos de esta postura estarían, básicamente, la idea de la tradición jurídica del *civil law* y, por otro lado, la independencia de los jueces del Poder Judicial. Desde esta postura, según afirma el Profesor Ferreres, tampoco debiera predicarse vínculo alguno a la jurisprudencia constitucional con relación al legislador: “Si, de acuerdo con el planteamiento tradicional, la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho en los países que se inscriben en la cultura del *civil law*, tampoco la jurisprudencia del TC puede serlo. Y si la independencia judicial significa que el juez no está obligado a aplicar el derecho vigente de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, esa misma independencia judicial debe significar entonces que el Juez no está vinculado por la interpretación que el TC haya hecho de la Constitución”<sup>20</sup>. De este modo, según la concepción tradicional, no existe forma de vinculación ni para el juez ni para el legislador.

La cuestión entonces debe resolverse cuestionando la concepción tradicional. Las razones para este cambio estarían en asumir en serio las obligaciones que despliegan los principios de seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. La vinculación a las interpretaciones que realiza el Tribunal que se coloca en la cúspide del sistema, vendría de este modo a aliviar los problemas de indeterminación e incerteza de los sistemas constitucionales y, al mismo tiempo, los ciudadanos no se verían frente a decisiones contradictorias que con frecuencia les coloca ante tratamientos dispares por parte de los jueces respecto de asuntos y situaciones parecidas e incluso homologables. De este modo, concluye, “una adecuada salvaguarda de la igualdad y la seguridad exige un sometimiento

19 Luis JAVIER MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Prólogo de Marc Carrillo, Civitas/lvap, Madrid, 1998.

20 Cfr. Ferreres Comella, V. “¿cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En, *Con vinculen les sentències...* cit. p. 13.

directo de los jueces a la jurisprudencia”. Este planteamiento general sería aplicable también para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto Tribunal Jurisdiccional respecto de las cuestiones constitucionales que le corresponde decidir<sup>21</sup>.

Si los jueces están vinculados como se ha argumentado por la jurisprudencia del TC en cuanto intérprete último del sistema constitucional, el siguiente paso consiste en extender este razonamiento también con relación al legislador. Como bien advierte Ferreres Commella al abordar este asunto, la vinculación de la doctrina del TC al legislador no debe confundirse con el impacto que tiene una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley y que logra expulsarla del orden jurídico. “Que el tribunal se comporte como “legislador negativo”, cuando a través de sus sentencias, expulsa las leyes que juzga inconstitucionales, no significa necesariamente que su jurisprudencia posea fuerza vinculante. Una cosa no lleva a la otra”<sup>22</sup>.

Esta confusión sobre los alcances de la doctrina jurisprudencial con relación al legislador, que a veces se da por descontado asumiéndola incluso como una consecuencia lógica derivada de la propia Constitución<sup>23</sup> o de la regulación del Código Procesal Constitucional, también es frecuente entre nosotros<sup>24</sup>. No obstante, la base de la vinculación de la doctrina jurisprudencial no solo hacia el legislador, sino a los demás poderes del Estado, parece más bien provenir de la ubicación institucional del Tribunal Constitucional que viene instituido desde la Constitución como “órgano de control de la Constitución”<sup>25</sup> y conforme a su Ley Orgánica como “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”<sup>26</sup>.

A estas razones autoritativas se pueden agregar otras razones de tipo institucional y funcional. La necesidad de lograr estabilidad en la construcción de la democracia y sus instituciones, requiere que los contenidos que se da a la legislación y, sobre todo a la Constitución no sean

21 Ferreres Comella, V. ob. cit., p. 15.

22 Ferreres C. ob. cit., p. 18

23 **Const. Artículo 204º**- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

24 **CPConst: Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada**- Las sentencias fundadas recaídas en el Proceso de Inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. (...)

**Artículo 82.- Cosa juzgada**- Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de Inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. (...)

25 Const. Artículo 201º.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. (...)

26 Así el artículo 1º de la Ley Orgánica del TC

contradictorias. Si el Tribunal ha interpretado desde la Constitución el contenido de la legislación en cierto sentido, la certeza para los ciudadanos provendrá tanto de que el TC mantenga esta interpretación, cuanto que el Congreso no intervenga con una propuesta contradictoria.

En sentido práctico, como se ha destacado también en otros contextos, el diseño del Estado Constitucional ha colocado en un sitio privilegiado a los Tribunales Constitucionales. Comprender este diseño coloca al legislador en la necesidad de no proponer construcciones legislativas que ya hayan sido rechazadas por el TC en interpretaciones que se puedan considerar razonables o sólidas.

La deslealtad del legislador frente a la doctrina constitucional puede tener un precio caro como muestra la experiencia. La forma como suele resolverse estas disputas no hacen bien a las instituciones en las que se sustenta la democracia. Entre nosotros, un buen ejemplo lo ofrece el desacato del Parlamento al insistir con sacar del control a través del amparo a las decisiones del máximo Tribunal Electoral. Durante buen tiempo y en decisiones consistentes el TC venía sosteniendo la inevitabilidad del control constitucional de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando estas eran cuestionadas por violación a los derechos fundamentales de los electores, los candidatos o de las autoridades electas. Esta doctrina constitucional había sido reiterada y consolidada a nivel del proceso de amparo y luego fue introducida en el Código Procesal Constitucional<sup>27</sup>. Es decir, el legislador en un primer momento, recogiendo la doctrina constitucional del TC incorporó de manera expresa la posibilidad del control.

Una vez abierto el debate público<sup>28</sup>, con intervención de las dos instituciones en disputa (JNE v. TC), intervino una vez más el legislador y contraviniendo la doctrina constitucional establecida de manera consistente por el TC aprobó una reforma al Código Procesal Constitucional para dejar aparentemente zanjada la disputa. Los términos lingüísticos de la intervención del legislador en este debate dejan entrever, de una forma por demás expresiva, la necesidad casi angustiosa de imponerse<sup>29</sup>. No obstante,

27 La versión original del artículo 5º del CPConst. establecía que, “No proceden los procesos constitucionales cuando: 8. *Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. (resaltado agregado)*”

28 Una reconstrucción de este debate puede verse en, Christian Donayre Montesinos, *En defensa del amparo electora*, Lima, Palestra 2010.

29 La reforma se produjo con relación al artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional con estos términos: “No proceden los procesos constitucionales cuando. “8) *Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.*”

como era de esperarse, el debate terminó en las puertas del propio TC con la presentación de una demanda contra la Ley que reformaba el CPCost; la misma que como resulta fácil de vaticinar, fue declarada inconstitucional dejando incólume la doctrina constitucional del amparo electoral<sup>30</sup>.

Este caso muestra las consecuencias, llevado a un punto extremo, de una actuación del legislador en abierta confrontación con la doctrina del TC y, al mismo tiempo, permite avizorar, los problemas del propio sistema constitucional, que en algunos temas y circunstancias, puede dejar la imagen que finalmente haya que atenerse a un único intérprete definitivo de la Constitución. Con esto se puede concluir con Ferreres Comella que hay también razones funcionales (de funcionamiento del sistema constitucional) que sugieren la necesidad que el legislador actúe con lealtad a la doctrina del TC, en la medida que le corresponde “contribuir al buen funcionamiento del sistema, absteniéndose por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional”<sup>31</sup>.

#### 4. Interpretaciones constitucionalmente vinculantes

La doctrina constitucional despliega sus vínculos a través de su identificación como argumentación razonable, consistente, pública, no contradictoria y, con una permanencia en el tiempo. Esto supone que hay doctrina en un conjunto de decisiones que se mantienen a lo largo de un conjunto de decisiones con clara vocación de orientar el comportamiento del propio Tribunal que lo emite en casos futuros.

Pero los tribunales constitucionales no solo gobiernan el derecho a través de la doctrina constitucional que se debe extraer, como se ha dicho, de los razonamientos de sus fallos. El proceso constitucional abstracto, de la mano del principio de interpretación conforme, genera una obligación en el Tribunal Constitucional, de interpretar la ley de conformidad con la Constitución y solo expulsarla del ordenamiento jurídico si es que no fuera posible una interpretación adecuada. De esta exigencia ha surgido en la tradición de los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente por obra de la Corte Constitucional Italiana, un conjunto de decisiones que se sitúan en el camino entre la mera anulación de la ley y su conformidad con la Constitución. El título amplio de esta variedad de decisiones es la de *sentencias interpretativas* y su finalidad práctica consistiría en adaptar las fuentes infraconstitucionales, en especial los sentidos de la legislación, a las normas y principios de la Constitución<sup>32</sup>. No es este el lugar para

30 Cfr. STC recaída en el Exp. N° 00007-2007-PI-TC, publicado el 22 de junio de 2007.

31 Cfr. Ferreres Comella, ob. cit., p. 21

32 Cfr. Silvestri Gaetano, “le sentenze normative della corte costituzionale”, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore a Vezio Crisafulli*, Vol I, p. 757.

extenderme en sus múltiples manifestaciones a los que la doctrina ha dedicado amplia bibliografía en los últimos años<sup>33</sup>. Lo que aquí quiero resaltar es la forma en que estos pronunciamientos generan efectos vinculantes generales, así como la fuerza con que operan.

Se trata, en primer lugar, de decisiones que por su naturaleza, no suelen repetirse, en la medida que el Tribunal solo tiene una ocasión de pronunciarse sobre su constitucionalidad o no. Esto hace que no sea posible su tratamiento como parte de la doctrina constitucional del Tribunal. Como quedó dicho, la doctrina requiere coherencia y permanencia en el tiempo. Dos decisiones contradictorias no hacen doctrina, como tampoco podría ser invocada como doctrina constitucional una decisión solitaria o aislada que haya emitido el TC.

Las sentencias interpretativas resultan vinculantes en cuanto expresan la interpretación constitucionalmente válida de la legislación. Sus múltiples manifestaciones generan, una diversidad de intensidades en su vinculación, que pueden ir desde la simple persuasión, hasta una vinculación más estricta, cuando el Tribunal establece como única posible interpretación un determinado sentido que viene fijado en la fundamentación de la sentencia o, cuando se trata de una sentencia de acogimiento o estimación parcial en el que la norma suele quedar integrada en el fallo de la decisión<sup>34</sup>.

Como ha destacado el profesor Javier Díaz Revorio<sup>35</sup>, pese a que la práctica lo ha introducido entre las variantes de decisiones de los Tribunales Constitucionales, con frecuencia, ello no viene acompañado de un desarrollo legislativo que lo respalde, con lo cual, a veces, queda en manos del propio Tribunal defender no solo su presencia sino también su fuerza vinculante. La controversia surge cuando se trata de darle algún valor a las decisiones que, en principio, aparecen como sentencias desestimatorias, sin mayor

33 Me remito aquí al trabajo del Profesor Javier Díaz Revorio que recoge lo más relevante de la bibliografía y los debates que ha suscitado su puesta en práctica en Europa. El volumen editado en Perú, incluye un excelente estudio introductorio del Profesor Samuel Abad, que da cuenta de la presencia de estas modalidades de decisión por parte del TC Cfr: Díaz Revorio, Javier, *La interpretación constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra 2003.

34 Un ejemplo en este sentido de vínculo estricto lo constituye la sentencia en el caso FONAVI, en la que el sentido de la interpretación que controla parcialmente la constitucionalidad de la norma cuestionada se traslada al fallo de la decisión: Cfr. STC 012-2014-PI/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf>

35 Cfr: Díaz Revorio, J. "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del TC español" en, Biblioteca Virtual de la UNAM, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/19.pdf> (consultado el 10/04/15)

relevancia (se suele afirmar) que el de la cosa juzgada con los matices que también se pueden hacer al respecto<sup>36</sup>.

No obstante, hay un plano distinto para argumentar a favor del valor vinculante de estas interpretaciones que constituyen la expresión genuina de la función más relevante que está llamado a cumplir un Tribunal Constitucional. En la medida que al Tribunal Constitucional corresponde, en última instancia, fijar los límites a la legislación, la tarea de interpretar las fuentes del sistema jurídico y, en especial, la legislación de conformidad con la Constitución, resulta consustancial a esta tarea. Se trata de una actividad indiscutiblemente normativa, si se entiende por norma, la construcción de significados a las disposiciones o enunciados normativos. En este caso, por lo demás, esta tarea se desarrolla en un diálogo directo entre Constitución y legislación, lo que permite que el resultado tenga especial relevancia para el sistema de fuentes. Como ha sostenido Rubio Llorente en forma concluyente: “La fuerza vinculante de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no tiene otra razón de ser que la fuerza vinculante de la ley, porque sólo [*sic*] es ley la norma conforme con la Constitución.”<sup>37</sup>

Desde luego, como ya se adelantó, no todas las decisiones interpretativas resultan con el mismo grado de vinculación. Las exhortaciones al legislador, por ejemplo, no pueden sino solo verse como una invocación a desplegar su capacidad regulatoria o derogatoria según sea el caso, pero sin que ello imponga al legislador actuar en determinado sentido. Zagrebelsky ha desarrollado un esquema para el caso italiano que puede servirnos de ayuda.

- a. Pronunciamientos de rechazo interpretativo, adoptados para orientar la jurisprudencia del juez ordinario cuando no exista una determinada orientación interpretativa que permita hablar de un “derecho constitucional viviente”. Con una sentencia interpretativa de rechazo, la Corte “propone” su interpretación estableciendo un precedente, para contribuir a la formación de interpretaciones conformes a la Constitución, cuando la labor de los jueces está en curso.
- b. Pronunciamientos de acogimiento interpretativo, que la corte adopta para completar el mecanismo del doble pronunciamiento,

36 El tratamiento que se suele dar las sentencias interpretativas de rechazo y de acogimiento en la práctica jurisprudencia italiana expresa de algún modo esta problemática. Como lo hace notar Zagrebelsky, pese a los múltiples esfuerzos teóricos que se han hecho, sigue asumiéndose un valor formal solo relativo a las sentencias “di rigetto”, por lo tanto no vinculante para sus destinatarios. En cambio, las sentencias de acogimiento tienen como tales valor de cosa juzgada con efectos vinculantes para todos. Cfr. Zagrebelsky, G. *Giustizia costituzionale*, segunda edición, il mulino, 2012, p. 384.

37 Rubio Llorente, F. “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, cit. p. 59.

particularmente cuando aquella sea una norma inconstitucional que hay que eliminar para restablecer la constitucionalidad de la disposición enjuiciada (un típico caso de acogimiento parcial).

- c. Pronunciamientos de acogimiento puro y simple, las que eliminan cualquier posibilidad de incerteza, aunque a un precio elevado: la eliminación de la ley en su integridad con la creación de un vacío legislativo<sup>38</sup>.

## 5. Decisiones con reserva de nulidad

En los procesos de control abstracto, los tribunales constitucionales han desarrollado un tipo de decisiones en las que reservan la declaración de nulidad pese a constatar la inconstitucionalidad de la Ley. Su desarrollo se debe a la práctica del TFA que en forma pretoriana incorporó esta modalidad de fallos asumiendo una cierta deferencia al legislador<sup>39</sup>. Generalmente estas decisiones suelen ser declarativas de la inconstitucionalidad, reservándose el pronunciamiento sobre la nulidad y generándole un plazo para que sea el propio legislador quien supere el vicio de inconstitucionalidad derogando la ley cuestionada o, en todo caso, emitiendo las correcciones que se hubieran observado para que las normas analizadas en el proceso de control recuperen su estatus de normas compatibles con la Constitución<sup>40</sup>.

Es un modelo de decisión que se sustenta, generalmente, en las alteraciones graves que podría significar la intervención directa del TC declarando la nulidad inmediata, de manera que se apela a la ponderación de bienes en conflicto en el caso concreto para diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. El TC peruano ha sido cauto en el uso de esta modalidad de decisiones durante la transición. Un ejemplo lo constituye una de las primeras decisiones sobre la justicia militar en la que el Tribunal reservó la nulidad de la ley otorgándole un plazo perentorio al legislador para encausar la Ley de la Justicia Militar conforme a las observaciones que

38 Zagrebelsky, G. *Guistizia Costituzionale*, cit. p. 385.

39 “El Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún [sic] más, contra la ley, ya que la ley relativa al TFA tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma”. El reconocimiento legal habría venido luego; Cfr. Klaus, Schlaich, “El Tribunal Constitucional Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos...* Cit. p. 192

40 A este tipo de decisiones se refiere el reporte alemán escrito por Klaus Schlaich para el volumen sobre los *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, organizado por el Prof. Favoreu y publicado luego por el CEPC de Madrid, p. 133 y ss.

había realizado en su análisis de constitucionalidad<sup>41</sup>. Durante la época de retroceso en su jurisprudencia, el Tribunal ha extendido esta modalidad de fallos al proceso de amparo. El problema de esta extensión es, sin embargo, que la modulación del fallo o el efecto diferido, ya no viene a prevenir un grave riesgo, sino más bien por el contrario evita pronunciarse sobre las consecuencias de una violación manifiesta declarada en el ámbito de los derechos fundamentales: en buena cuenta el Tribunal renuncia a ejercer su labor de tutela de los derechos<sup>42</sup>.

El Tribunal también ha justificado la modulación de los efectos de su decisión en el tiempo, aunque esta vez con autorización legal<sup>43</sup>, en el control de la potestad tributaria de la administración municipal. Aquí se trata, fundamentalmente, de no generar mayores estragos a la administración que haya venido cobrando un tributo que haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal<sup>44</sup>.

Los vínculos que despliega una decisión declarativa con reserva de nulidad dependerán del grado de receptabilidad del legislador y de los instrumentos con que cuente el Tribunal para implementar su “amenaza”. Si la nulidad ya viene expuesta en el fallo y opera automáticamente o si debe volverse a pronunciar una vez que el Legislador ha incumplido en el plazo establecido.

- 41 STC 006-2006-PI/TC. En esta decisión el TC dispuso en la parte del fallo: “5) Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 6) Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución.”
- 42 Cfr. Al respecto la decisión el caso AIDSESP, Exp. N° 6316-2008-AA/TC. El hecho que se traslade una modalidad de decisión propia del proceso de control abstracto hacia el ámbito de la tutela de los derechos ya genera reservas. Sin embargo en este caso el TC, luego de constatar que una decisión administrativa del gobierno ha sido adoptada sin tomar en cuenta el contenido del derecho convencional a la consulta previa, lo que llevaría de modo inevitable a declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos de concesión de lotes a favor de una empresa, sin embargo el TC argumenta que estas violaciones deben ponderarse en el marco de la buena de la empresa y los contratos ley que lo ampara (Fundamentos 27 a 29 de la sentencia).
- 43 Conforme al segundo párrafo del artículo 81 del CPCConst. “Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.
- 44 Para el ámbito tributario, aun cuando no es exactamente un caso de nulidad solo declarativa, puede citarse la sentencia en el caso de los arbitrios Municipales: Exp. N° 00053-2004-PI/TC, en la que además se formula una serie de exhortaciones al legislador.

## 6. Los vínculos desde la cosa juzgada

El Código Procesal Constitucional se refiere a la cosa juzgada como uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (Art. 82). También conforme a dicho Código, solo los pronunciamientos de fondo adquieren esta calidad (Art. 6). De manera que los vínculos que se despliegan a partir del efecto de cosa juzgada, se diferencian en este punto de la doctrina constitucional, no solo porque la cosa juzgada se predica del fallo, mientras la doctrina se recoge en los argumentos de la sentencia, sino además, debido a que los vínculos de la doctrina constitucional, pueden provenir sin ningún inconveniente, de todo tipo de resoluciones (también de resoluciones de rechazo por improcedencia por ejemplo); mientras que, como es sabido, el Código Procesal Constitucional, reserva los efectos de la cosa juzgada, solo para aquellas decisiones donde haya pronunciamiento sobre el fondo del asunto decidido<sup>45</sup>.

Se ha discutido el efecto de la cosa juzgada en sentido material en relación a los procesos de inconstitucionalidad. Por un lado están los vínculos que despliegan desde la cosa juzgada las decisiones desestimatorias de inconstitucionalidad con relación al Juez ordinario, en la medida que conforme al artículo VI del TP del Código Procesal Constitucional, los jueces ya no pueden ejercer el control difuso en estos supuestos de leyes confirmadas en su constitucionalidad. Esta tesis ha sido modulada por la doctrina. El Ex Presidente del TC, profesor César Landa<sup>46</sup> por ejemplo, ha sostenido que ello debe asumirse solo en línea de principio, en la medida que es posible que si las condiciones han cambiado, ya sea con relación al contexto o al propio parámetro que haya servido al TC para su pronunciamiento, los jueces podrían, eventualmente, no verse vinculados por la decisión del Tribunal ejerciendo el control difuso en un caso concreto, cuando las condiciones objetivas así lo exijan, actuando con lealtad constitucional y sujetos siempre a un posible control que el TC podría realizar requerido mediante un eventual proceso de amparo<sup>47</sup>.

45 Cfr. Art. 6º del CPCConst. “En los procesos constitucionales sólo [sic] adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.”

46 Cfr. Landa Arroyo, C. “Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010), p. 205.

47 A veces es el propio TC el que ha avalado de manera abierta esta posibilidad. Esto ha ocurrido en un caso en el que se discutía si un Impuesto a las Transacciones Bancarias resultaba en abstracto inconstitucional. El Tribunal Confirmó la Constitucionalidad del impuesto, pero dejó abierta la posibilidad de que sea inaplicado por los jueces en aquellos casos en los que se pudiera acreditar, por las propias circunstancias del caso, que la aplicación del impuesto pudiera resultar confiscatorio. El TC puso en la parte resolutive de la sentencia: “los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados”. Cfr. STC Expedientes acumulados: EXPS. N.º 0004-2004-AI/T; N.º 0011-2004-AI/TC; N.º 0012-2004-AI/TC; N.º 0013-2004-AI/TC; N.º 0014-2004-AI/TC; N.º 0015-2004-AI/TC; N.º 0016-2004-AI/TC Y; N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

De igual parecer es el Profesor Luis Castillo Córdova<sup>48</sup>, para quien en el análisis de confirmación de la constitucionalidad de una ley resulta determinante el precepto constitucional que haya sido invocado por el propio Tribunal como parámetro. Los jueces no estarían impedidos de realizar el control difuso en un caso posterior, si se les requiere a partir de argumentos en los que el análisis de inconstitucionalidad resulta a partir de utilizar otros preceptos no tomados en cuenta por el Tribunal. Esto hace que por ejemplo, que los jueces del poder judicial no estén impedidos (sino al contrario obligados) de realizar el control de convencionalidad aun cuando se trate de una ley confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal, en la medida que se trata de dos parámetros diferentes: en un caso la Constitución, en otro la Convención o tratado internacional de derechos humanos correspondiente.

Esta posibilidad también queda abierta para el propio Tribunal, en la medida que nuevas circunstancias, ya sea provenientes de las condiciones normativas (cambio en la legislación o en la propia constitución o en las valoraciones de los derechos, etc.) o del propio contexto social y cultural, pueden justificar una nueva valoración de una ley que antes ya había sido confirmada en su constitucionalidad. El límite en estos supuestos estará determinada, en todo caso, por el tiempo que la legislación prevé para que la norma sea impugnada.

Con relación al legislador, el efecto de cosa juzgada supone en principio, que éste [*sic*] se abstenga de formular una nueva proposición legislativa con similares contenidos a las leyes que hayan sido rechazadas por inconstitucionales por el TC. Esta cuestión ha sido ampliamente discutida en la doctrina que ha encontrado dificultades operativas y funcionales para imponer esta obligación en sentido determinante al legislador.

De modo que, al parecer, no queda más camino que aceptar que “la aprobación de una ley idéntica a una ya declarada inconstitucional no constituye por sí misma una vulneración del efecto de cosa juzgada”. En estos supuestos, a decir de Ahumada Ruiz, estaríamos ante una confrontación del legislador con la doctrina constitucional, mas no se trataría de una vulneración de la cosa juzgada<sup>49</sup>.

## 7. La doctrina constitucional frente a los jueces

El vínculo para los jueces del Poder Judicial tiene en el Código Procesal Constitucional una fuente directa (art. VI del TP del CPConst). La llamada doctrina constitucional vinculante aparece, sin embargo, al menos de una primera lectura, limitada a la interpretación de la Ley. Dos tipos de vínculos

48 Cfr. Castillo Córdova Luis (coord.) *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 24.

49 Ahumada Ruiz M<sup>a</sup> Angeles, “cómo vincula la jurisprudencia...” cit. p. 56

se señalan de manera explícita: Una que proviene como ya se ha dicho del fallo, en la medida que los jueces no pueden ejercitar el poder/deber del control difuso respecto de leyes ya confirmadas en su constitucionalidad por parte del TC. Como ya quedó dicho en el acápite anterior esta vinculación es relativa y admite atenuantes. Distinto es el caso de las interpretaciones de los preceptos y principios constitucionales, en la medida que la interpretación de tales preceptos contenidos en las resoluciones dictadas por el TC deben ser tomados como parámetros para la interpretación de la “ley y toda norma con rango de ley y también los reglamentos...”<sup>50</sup>

El profesor Luis Castillo ha realizado una interpretación que amplía el espectro de implicancias de esta disposición, al sostener que a partir del artículo VI del T. Preliminar del CPConst. “todos los operadores jurídicos, señaladamente [sic] los jueces, han de resolver con base en las interpretaciones que de la Constitución haya formulado el TC, porque tales interpretaciones conforman reglas jurídicas constitucionales (normas adscriptas constitucionales)”<sup>51</sup>. Aun cuando claramente se trata de una interpretación extensiva, su propósito es sin duda, preservar el valor constitucional de las interpretaciones del TC más allá del ámbito judicial, lo que sin duda no sería coherente si solo podría vincular a los jueces. Creo de nuevo que la razón está fuera del Código, para colocarse en el propio *ethos* institucional de un Tribunal kelseniano.

También la doctrina constitucional, entendida como el conjunto de criterios interpretativos sobre los derechos o sobre las instituciones constitucionales realizadas por el TC alcanza efectos generales por la ubicación privilegiada del Tribunal en cuanto intérprete calificado que se coloca en la cúspide del sistema constitucional. Este alcance general está sin embargo sometido a algunas condiciones de relevancia práctica y funcional.

- i. La doctrina constitucional tiene que ser identificable de manera indiscutible o no controversial. Para que esto sea así, es necesario que el Tribunal haya sido coherente en el tratamiento de determinado derecho o institución constitucional.
- ii. Debe tratarse de una doctrina con clara relevancia constitucional. Las interpretaciones legales o que no alcancen relevancia constitucional carecen de autoridad para imponerse como definitivas como corresponden al máximo Tribunal.

50 Los párrafos segundo y tercero del artículo VI del CPConst. Recogen esta regulación: “Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

51 Cfr. Castillo Córdova Luis, “introducción” al libro: Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, 2014.

- iii. La doctrina constitucional tiene que ser el sustento de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Muchas veces el Tribunal suele realizar apreciaciones tipo *obiter* en sus consideraciones pero que no se relacionan ni con las cuestiones discutidas en el proceso en cuestión ni, peor aun, están relacionadas a la decisión. El caso Tineo Cabrera que ha servido en los últimos años de parámetro para cuestionar los procedimientos parlamentarios es un claro ejemplo de doctrina falsa del Tribunal, en la medida que se trata de consideraciones equiparables a un artículo académico no relacionadas con la decisión adoptada por el Tribunal<sup>52</sup>.
- iv. La doctrina constitucional se construye en un dialogo entre el Tribunal y los destinatarios de sus decisiones. En algunos casos el Tribunal ha querido instruir estableciendo de oficio lo que ha llamado “doctrina jurisprudencial” equiparándolo con la formula formal del precedente vinculante, es decir, precisando los fundamentos que constituyen la doctrina. Esta es una forma de decisión bastante autoritaria que desconoce la dinámica de la interpretación constitucional, que debiera mantenerse siempre abierta a las interpretaciones de sociedad plural. En consecuencia, aun cuando el Tribunal lo invoque como “doctrina jurisprudencial”, hay que asumirlas, según sea el caso, como “decisiones interpretativas” impuestas por la autoridad del Tribunal, pero que no suponen una regla determinante<sup>53</sup>.
- v. Como ocurre con todas los tipos de decisiones vinculantes del TC también la doctrina está sujeta a interpretaciones y revisiones. No hay nada inmutable en el Derecho Constitucional que es más bien el producto de constantes mutaciones. Nuevas circunstancias, mejores argumentos, pueden hacer variar los razonamientos.

52 Cfr. Exp. 156-2012-PHC/TC. En este caso el Tribunal desarrolló una serie de apreciaciones sobre el Debido Proceso en sede parlamentaria. Pese a que estas consideraciones no estaban orientadas a la decisión del TC que decidió declarando improcedente la demanda, sin embargo estos *Obiter*, han sido utilizadas por algunos jueces del Poder Judicial como parámetro para evaluar la actuación de las Comisiones Parlamentarias, declarando en algunos casos de importancia, como fue el caso de la investigación al Ex Presidente Alan García, la invalidez de dichas actuaciones por no haber respetado dichos parámetros.

53 Me refiero a decisiones del tipo la expuesta en el Exp. 005-2010-PA/TC en el que en la parte del fallo se coloca una formula como esta: “Establecer como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios expuestos en los fundamentos 8, 9, 10, 12, 13, 14, 23, 26, 33, 34 y 35.” Al parecer se trataba de casos controvertidos en los que ni siquiera se lograba unanimidad de una Sala del Tribunal y se pretende no obstante imponer una cierta “doctrina jurisprudencial” con efectos vinculantes para todos en la que además es el propio Tribunal quien selecciona la *ratio decidendi* que se extiende a una buena parte de las consideraciones de la sentencia.

## 8. *Leading case* o doctrina de la dignidad

Existen algunos casos cuyos razonamientos aun cuando expuestos en una única ocasión, determinan su importancia y peso en cuanto razonamiento que sientan un precedente ineludible para todos los poderes públicos. Se trata de razonamientos sobre nuestros derechos básicos o sobre la propia dignidad.

En la experiencia del constitucionalismo norteamericano se ha identificado estas decisiones como casos líderes (*leading cases*) que, aunque suelen determinar su relevancia con el paso de los años, lo cierto es que provienen de una única decisión que luego se convierten en referente ineludible y por ello en un precedente vinculante, aun cuando el Tribunal no lo designe así en sentido formal.

Hace ya algún tiempo (el trabajo aparece fechado en diciembre de 2001), a comienzos de la última transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori, el profesor García Belaunde se preguntaba si existían este tipo de casos y decisiones en la jurisprudencia peruana. La respuesta era en aquel entonces más o menos predecible: Una judicatura que se había convertido, según sus palabras, en “un huesero forense, al cual van los que no tienen otro lugar a donde ir”<sup>54</sup>, no podría desde luego, ser capaz de liderar el Derecho desde el razonamiento de sus fallos.

En los últimos años las cosas respecto del Poder Judicial, tengo la impresión que no han cambiado sustancialmente con relación al duro diagnóstico del Profesor García Belaunde. Pero hay un hecho indudable para todos: el Tribunal Constitucional ha incursionado en la dinámica del derecho peruano de un modo como no se había visto nunca antes desde el orden jurisdiccional.

Como no podía ser de otro modo, la incursión del Tribunal ha generado debates y no hay acuerdos sobre cuales decisiones son las más relevantes durante este periodo. Algunas de sus decisiones, sin embargo, han merecido reconocimiento no solo nacional sino también fuera del país, porque han permitido al propio Tribunal encontrar su espacio como garante de los derechos y de la dignidad humana en un contexto en el que se salía de un periodo de violaciones y excesos que debían ser corregidos por la vía del Derecho. El caso en el que se pone límites a la legislación contra el terrorismo es uno de estos casos: También los procesados por terrorismo merecen un justo proceso dirá el Tribunal y por tanto deben ser tratados con respeto a su dignidad<sup>55</sup>.

Años más tarde, una decisión de una de las Salas del Tribunal, también basándose en la dignidad humana, declaró que una interna de una prisión que estaba purgando una sentencia por delito de terrorismo no podía ser restringida en su derecho a la “visita íntima”, en la medida que se trataba de

54 García Belaunde, D. “¿Existe el “*leading case*” en el derecho peruano?, consultado en línea en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf>

55 STC 010-2002-AI/TC, sentencia del 03 de enero de 2003.

un derecho irrestricto vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad<sup>56</sup>.

No es mi propósito ubicar cada uno de aquellos casos de los que creo fue un razonamiento inimpugnable por su fuerza y relevancia al concretar determinados contenidos mínimos de nuestros derechos y la dignidad humana. La fuerza moral y jurídica de estos razonamientos no resultan de un conjunto de decisiones, sino de un único caso en el que se define de manera concluyente el contenido mínimo de la dignidad humana.

## 9. Precedentes formalmente vinculantes

He dejado para el final una breve referencia a lo que los últimos años ha sido el centro de los debates cuando nos hemos referido al efecto vinculante de las sentencias del TC<sup>57</sup>. Lo hago adrede para llamar la atención sobre lo que creo, sin lugar a dudas, no representa a las decisiones de mayor relevancia en materia de Derecho Constitucional. Esto no solo por razones estadísticas, sino también por razones sustantivas. Conforme a las estadísticas del propio Tribunal, desde su reinstalación en el año 2000 éste [*sic*] ha emitido a la fecha cerca de 70 mil resoluciones, entre autos y sentencias, mientras que dentro de estas resoluciones, solo 43 han sido declarados precedentes formalmente vinculantes<sup>58</sup>. Por otro lado, puede apreciarse que en cuanto a los contenidos de dichos precedentes, en muchos casos, sobre todo analizando los primeros precedentes, no alcanzan una completa trascendencia constitucional.

De manera que hay que atribuir a la novedad de la institución y no a su relevancia práctica, el que haya generado tanto entusiasmo en la academia, que no ha dejado de indagar sobre su naturaleza y sus alcances<sup>59</sup>. Estos

56 STC N.º 01575-2007-PHC/TC, caso Marisol Venturo Ríos contra autoridades del INPE.

57 El primer volumen con el que se iniciaron esos debates, creo no equivocarme cuando digo que lo editamos conjuntamente con mi colega el profesor Edgar Carpio en el año 2007. Cfr. Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

58 Cfr. El portal del TC: [http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc\\_precedentes\\_vinc.php](http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_precedentes_vinc.php)

59 Sobre el Precedente Constitucional se han pronunciado los más destacados constitucionalistas del medio. Aquí algunas referencias. Landa Arroyo, C. "Los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional. El caso peruano", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid (2010); ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana". *Revista Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Chile, Año 4, número 1. 2006, págs. 67-96; GARCIA BELAUNDE, Domingo. "El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provias Nacional)"; CASTILLO CORDOVA, Luis. "El adiós al precedente vinculante a favor del precedente". *Gaceta Constitucional*. Lima, número 17. 2009, págs. 95-109. Una respuesta al trabajo del Profesor Castillo, puede verse en: Grández Castro P. "El precedente a la deriva. Diálogo con un "crítico" del Tribunal Constitucional", en *Gaceta Constitucional*, N° 18; HAKAHNSSON, Carlos. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación". *Dikaion: revista de fundamentación jurídica*. Bogotá, núm. 18. 2009, págs. 55-77; Saez Dávalos, Luis, "El camino del precedente vinculante", en *Gaceta Constitucional* N° 83, Lima, 2014.

precedentes formales, que resultan de la sola voluntad del máximo Tribunal, debe su presencia en nuestro sistema jurídico, seguramente, a una cierta concepción sobre la judicatura, a quienes con frecuencia se suele considerar como la boca irreflexiva de las palabras de la ley y, muchas veces, lamentablemente esta concepción resulta también descriptiva de la forma de actuar de algunos jueces.

De modo que, si se trata de vincular a los jueces, esta vez a las interpretaciones del Tribunal, la fórmula ha de ser la misma. Palabras “claras y precisas”, cánones o cláusulas taxativas que permitan aplicaciones silogísticas sin mayores indagaciones sobre sus razones subyacentes o los valores y principios a los que sirven o en los que sustentas estas reglas. Se ha incorporado así un modelo taxativo o canónico de precedente que obliga al TC a individualizar los fundamentos que él cree que son los fundamentos vinculantes de su decisión, sin dejar margen al juez de una causa futura.

Este modelo de “precedente” que se aparta de la tradición del *common law* coloca al Tribunal en un riesgo permanente sobre su legitimidad<sup>60</sup>. Primero, porque no está claro, pese a los esfuerzos del TC<sup>61</sup>, en qué supuestos se habilita su competencia para emitir precedentes, en segundo lugar, tampoco es claro cuál es la metodología que sigue el Tribunal para seleccionar los fundamentos que terminan convertidos en “precedentes vinculantes”. Aun cuando la doctrina nacional se ha esforzado por resolver estos problemas, acudiendo a las teorías de la *ratio decidendi* de los sistemas del *common law*, lo cierto es que, en la medida que todo ha quedado en manos del Tribunal, ningún esfuerzo racional en esta dirección puede tener éxito, generándose de este modo una paradoja con la introducción del modelo de precedente “a la peruana”: esta paradoja consiste en que se trata de un modelo de precedente altamente impredecible. La falta de predictibilidad no se refiere aquí a lo que se recoge en cada uno de los precedentes, sino a las circunstancias que no podemos conocer, sobre las variables o contextos que resultan gravitantes para que el Tribunal emita un precedente vinculante<sup>62</sup>.

Los precedentes concebidos como reglas que el propio Tribunal selecciona, como se ha dicho, sin criterios objetivos claros, violenta la lógica interna de los precedentes. Estos surgen como sabemos, de una deliberación para afrontar casos futuros. No solo las consideraciones de los casos resultan relevantes

60 En otro lugar me he referido a estos riesgos. Cfr. “Las peculiaridades del Precedente constitucional peruano, en: Carpio Marcos y Pedro Grández (coord.) *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima 2007.

61 Algunas decisiones de los primeros años, daban cuenta de estos esfuerzos. Cfr. STC 024-2003-AI/TC; STC 3741-2004-AA/TC. En estas decisiones el TC exponía algunos criterios para la emisión de un precedente.

62 La actual composición del TC parece haberse percatado de este hecho y solo ha emitido un precedente orientado a limitar sus propias competencias. Cfr. STC EXP. N° 00987-2014-PA/TC. Requisitos para el acceso al Tribunal a través del Recurso de Agravio.

en esta “lógica del precedente”, sino también las otras lecturas de fuera del tribunal: los abogados, las partes, la academia. Conforme ha advertido la doctrina más autorizada del *common law*, para refutar la posibilidad de que los precedentes surjan anteladamente y por obra del propio juez que emite una decisión: “si un juez posee la libertad de determinar cuáles de sus observaciones son *ratio decidendi* y cuales son *obiter dictum*, ¿ello no genera acaso un grave peligro de que dicho juez influencie indebidamente la futura evolución del Derecho? El juez podría, por ejemplo, plantear veinte proposiciones, y bastaría con que afirmara que todas ellas son el fundamento de su decisión, para crear veinte nuevas reglas de derecho”<sup>63</sup>.

Son estos los peligros no advertidos al momento de incorporarse en el Código Procesal los que han conseguido una imagen reducida de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Pero además, según me parece, a más de 10 años de vigencia del modelo de precedentes formales, hemos podido ya comprobar que se trataba de peligros ciertos y que desvirtúan la propia naturaleza del Derecho Constitucional, abierto siempre a debates y permanentes innovaciones y que vía el precedente formal vinculante, también pretende quedar, de alguna forma, petrificado como interpretaciones inexorables del máximo Tribunal, incapaz de entrar en diálogo con los demás actores de la sociedad plural del Estado Constitucional.

## 10. Algunas consideraciones finales

No cabe duda que las decisiones de un Tribunal Constitucional que se coloca en la cúspide del sistema jurisdiccional, tiene enormes repercusiones en el orden jurídico. Se trata, muchas veces, de reelaboración del Derecho en sentido objetivo que repercuten de modo innegable en el sistema de fuentes. Las interpretaciones autorizadas de los contenidos de la Constitución a través de los procesos de control de normas o la concreción de los derechos, a través de los procesos constitucionales de la libertad, como los denominó Cappelletti, configuran un conjunto de argumentaciones, razonamientos y decisiones que ingresan en el sistema jurídico bajo distintas manifestaciones, no siempre homologables a la imagen del precedente judicial de los sistemas del *Common Law*.

De ahí, la necesidad de abrir un espacio de reflexión e investigación académica orientada a indagar sobre la necesidad de una teoría propia del precedente constitucional para contextos en los que se han instaurado y desarrollado los Tribunales de tradición kelseniana, cuyas decisiones mas importantes inciden en la propia Constitución y sus contenidos. Es mi deseo que esta pequeña contribución sea leída (interpretada) en esta dirección.

Lima, junio de 2016.

63 Cfr. Cross y J.W. Harris, ob. Cit. p. 64.



# [ Presentación ]

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de control e interpretación de la constitucionalidad; en ese sentido, vigila que las leyes, órganos del Estado y los particulares no vulneren lo dispuesto en la Constitución Política del Perú. En ese rol, es el Tribunal Constitucional quien resuelve en última instancia los procesos constitucionales, mecanismos establecidos para garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Al resolver un procedimiento constitucional y emitir una sentencia, el Tribunal Constitucional puede expresar en ella, que la misma, o una parte de ésta, constituye precedente vinculante.

Un precedente vinculante es aquel precepto que se extrae de un caso particular y concreto, y que se convierte en una regla general. Por ello, los poderes públicos y las cortes judiciales están obligados a aplicar dicha regla cuando resuelvan casos similares al caso resuelto por el Tribunal Constitucional que dio origen al precedente vinculante.

Existen dos principios jurídicos que sustentan la existencia de los precedentes vinculantes y hacen evidente su especial relevancia; éstos son: el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad. En relación al principio de seguridad jurídica, el precedente vinculante busca que haya predictibilidad respecto a cómo resolverán los jueces casos similares al caso que originó el precedente vinculante. Por su parte, en relación al principio de igualdad, el objeto de establecer un precedente vinculante radica en que casos similares, al caso del cual se extrajo el precedente vinculante, no sean resueltos aplicando e interpretando la norma constitucional de manera distinta a lo dispuesto en dicho precedente. Ambos principios apuntan a la estabilidad del sistema judicial y al bienestar de la ciudadanía.

En el presente compendio encontrarán precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional, los que precisan el alcance y aplicación de diferentes derechos Constitucionales. De esta forma, derechos como el debido proceso, derecho de defensa, derecho a la participación política, libertad de tránsito o libertad de empresa son revisados con base a pretensiones particulares, definiendo el Tribunal importantes condiciones para su ejercicio. Asimismo, cabe resaltar las resoluciones del Tribunal Constitucional respecto a las reglas aplicables a los procesos constitucionales, por la que define principios para su uso en la protección de los derechos que pudieran haberse visto afectados.

No menos relevante son tres precedentes referidos a la aplicación del derecho administrativo y sus principios. En estas importantes resoluciones,

el Tribunal establece criterios respecto a la responsabilidad del ente administrador, derechos de los administrados y aplicación de los principios del derecho administrativo, la aplicación de medidas preventivas o cautelares y la aplicación del control difuso en sede administrativa. Sin duda estas resoluciones han permitido definir mejor los derechos de los administrados y los mecanismos para hacerlos valer, contribuyendo positivamente al afianzamiento del Estado de Derecho en nuestro país.

Es sumamente grato para el Banco de Crédito del Perú presentar esta compilación de precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional tanto en materia Constitucional y Procesal Constitucional, como Administrativa. Su difusión entre los operadores judiciales de nuestro país resulta de gran importancia en la medida que su aplicación es obligatoria en los casos que se les presenten, por lo que conocer los precedentes vinculantes ayudará a un mejor desempeño de su labor.

**BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ**



# Resolución Ministerial

N°0144-2016-JUS

Lima, 15 JUN. 2016

**VISTOS**, el Informe N° 583-2016-JUS/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica, el Oficio N° 1440-2016-JUS/OGPP-OPRE de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto y el Informe N° 045-2016-JUS/DGDOJ-DSJD de la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico;

## CONSIDERANDO:

Que, es función del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sistematizar la legislación de carácter general y promover su estudio y difusión, así como disponer su Edición Oficial;

Que, en cumplimiento de dicha función, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco de Crédito del Perú suscribieron el 1 de octubre de 2013, el Convenio de Cooperación Interinstitucional, con el objeto de publicar una Colección Jurídica que comprende dieciséis (16) tomos en versión escrita y digital, correspondientes a las materias de mayor trascendencia y relevancia jurídica, en un tiraje de seis mil (6000) ejemplares por cada título;

Que, con fecha 12 de marzo de 2014, las partes suscribieron la Adenda N° 1 al referido Convenio, mediante la cual se modifica la cláusula cuarta, estableciendo un tiraje por cada edición oficial de la Colección Jurídica, de seis mil quinientos (6500) ejemplares;

Que, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico ha concluido la elaboración de la Primera Edición Oficial de los "Precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional (Tomo I). Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Derecho Administrativo" como parte de la Colección Jurídica mencionada en el acápite anterior;

Que, en atención a las funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, corresponde aprobar la publicación de la edición oficial indicada en el considerando anterior;



R. Rodríguez S.

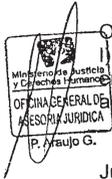


T. DEZA



De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Decreto Supremo N° 011-2012-JUS que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;

**SE RESUELVE:**



**Artículo 1.-**Aprobar la publicación impresa y digital de la Primera Edición Oficial de los "Precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional (Tomo I). Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Derecho Administrativo", en un tiraje de seis mil quinientos (6500) ejemplares, debidamente numerados, de acuerdo al convenio suscrito con el Banco de Crédito del Perú.

**Artículo 2.-** Autorizar al Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico a consignar el número correlativo en cada ejemplar, así como colocar el sello de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.



**Regístrese y comuníquese.**

.....  
**ALDO VÁSQUEZ RÍOS**  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

# [ Guía del lector ]

Para el correcto uso de la presente edición, el lector deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. La presente edición contiene los Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional en materia de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo.
2. Los textos de las sentencias, respecto al contenido, son copia fiel de lo publicado en el Portal Electrónico Institucional del Tribunal Constitucional\*.
3. Las sentencias del presente tomo fueron descargadas del Portal Electrónico Institucional del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/tc/resolucion/precedente/lista> el día 27 de junio de 2016.
4. Las sentencias de la presente publicación han sido clasificadas en dos partes; la primera contiene sentencias en materia de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, mientras que la segunda recoge sentencias en materia de Derecho Administrativo; dichas sentencias se encuentran ordenadas de forma cronológica teniendo como base la fecha de emisión de las sentencias.
5. Las notas de pie de página identificadas con números hacen referencia a las indicaciones que fueron insertadas en cada una de las sentencias al momento de su redacción por el Tribunal Constitucional.
6. Las notas en el texto identificadas con el término [*sic*] y las notas de pie de página identificadas con asteriscos (\*) hacen referencia a los errores de origen en las sentencias.
7. La presente edición se encuentra actualizada hasta el 15 de agosto de 2016.

---

\* De acuerdo al artículo 8º del Decreto Supremo N° 004-2008-PCM la información brindada en el Portal electrónico institucional de las Entidades públicas, tiene carácter y valor oficial. Por ende, cada Entidad es responsable de la actualización y veracidad de la información brindada en sus referidos portales electrónicos.



El servidor público actúa de acuerdo al siguiente principio:

**Respeto**

*“Adecúa su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento”.*

**Ley del Código de Ética de la Función Pública  
Ley N° 27815, artículo 6º, inciso 1**



# [ Abreviaturas y siglas ]

AA.VV.	: Autores varios
APEC	: Foro de Cooperación Asia Pacífico
Art.	: Artículo
ATRIPPS	: Asociación de Trabajadores Renunciantes del Instituto Peruano de Seguridad
Av.	: Avenida
Bverfg	: Bundesverfassungsgericht “Corte Constitucional Federal”
Bverfgg	: Bundesverfassungsgerichtsgesetz “Ley del tribunal Constitucional Federal”
CCD	: Congreso Constituyente Democrático
CEARCO PERU	: Centro de arbitraje y conciliación comercial
CERIAJUS	: Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia
CEPC.	: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
cf. /cfr.	: Abreviatura del imperativo latino <i>confer</i> , ‘compara’ o ‘consulta’
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCo /CPCConst.	: Código Procesal Constitucional
CNM	: Consejo Nacional de la Magistratura
DNI	: Documento Nacional de Identidad
EE.UU.	: Estados Unidos
ed.	: Edición
EF	: Economía y Finanzas
EPS	: Entidad Prestadora de Salud
ESSALUD	: Seguro Social de Salud del Perú
etc.	: Etcétera
Exp.	: Expediente
Fd.	: Fundamento
ff. / fs.	: Fojas
FONAVI	: Fondo Nacional de la Vivienda
IGV	: Impuesto General a las Ventas
INAP	: Instituto Nacional de Administración Pública
INVERMET	: Fondo Metropolitano de Inversiones
IPSS	: Instituto Peruano de Seguridad Social
ITF	: Impuesto a las Transacciones Financieras
Jr.	: Jirón
JNE	: Jurado Nacional de Elecciones
LOE	: Ley Orgánica de Elecciones
LOM	: Ley Orgánica de Municipalidades
LOCNM	: Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura
LOPJ	: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPP	: Ley de Partidos Políticos

MEF	: Ministerio de Economía y Finanzas
MTC	: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
MP	: Ministerio Público
N.ºs / N.os	: Números
N.º	: Numero
ob. cit.	: En la obra citada
ONP	: Oficina de Normalización Previsional
OSCE	: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
p.	: Página
PCM	: Presidencia del Consejo de Ministros
PJ	: Poder Judicial
pp.	: Páginas
PROFA	: Programa de Formación Profesional
PNP	: Policía Nacional del Perú
PUCP	: Pontificia Universidad Católica del Perú
RAC	: Recurso de agravio constitucional
RENEIC	: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
Res.	: Resolución
RTC	: Resolución del Tribunal Constitucional
S.A.	: Sociedad Anónima
S.A.C.	: Sociedad Anónima Cerrada
SA	: salud
SCTR	: Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo
S.L.	: Sociedad Limitada
S/N	: Sin número
SS.	: Siguietes
SSTC	: Sentencias del tribunal constitucional
STC	: Sentencia del tribunal Constitucional
TC	: Tribunal Constitucional
TFA.	: Tribunal de Federación Ambiental
Tom.	: Tomo
TP	: Título Preliminar
trad.	: Abreviatura de Traducido
TUO	: Texto Único Ordenado
UNED	: Universidad Nacional de Educación a Distancia
URP	: Unidad de Referencia Procesal
SUNAT	: Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración de Tributaria
S.A.	: Sociedad Anónima
S/N	: Sin numero
Vid.	: Véase
Vol.	: Volumen

PRIMERA PARTE

# Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional

**AÑOS:**

2005 / 2006 / 2007 / 2008 / 2009 / 2010 / 2011 / 2014 / 2015





EXP. N.º 3760-2004-AA/TC  
LIMA  
GASTON ORTIZ ACHA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Ica, a los 18 días del mes de febrero de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Gastón Ortiz Acha contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 43, su fecha 24 de junio de 2004, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 2 de febrero de 2004, el recurrente interpone acción de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori y la dirige contra el Congreso de la República. Refiere que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se inhabilita a Alberto Fujimori Fujimori para ejercer funciones públicas por un período de diez años, resulta atentatoria a los derechos fundamentales de participar en la vida pública de la Nación, de elegir y ser elegido y de la presunción de inocencia. Señala, también, que según el artículo 33º de la Constitución el ejercicio de la ciudadanía sólo [*sic*] puede suspenderse mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos.

Alega que la referida resolución carece de sustento jurídico, toda vez que mediante Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR de fecha 21 de noviembre de 2000 se declaró la vacancia de la Presidencia de la República, por lo que no le era aplicable la inhabilitación, pues según lo dispuesto en el artículo 100º de la Constitución, dicha sanción se aplica a determinados funcionarios señalados en el artículo 99º de la Constitución, entre los cuales [*sic*] encuentra el Presidente de la República. Sin embargo, señala que al

momento de ser sancionado, Fujimori ya no contaba con dicha condición, al haber sido vacado de la presidencia de la República.

El 44º Juzgado Civil de Lima, con fecha 3 de febrero de 2004 declaró improcedente la acción de amparo por considerar que ha operado el plazo de 60 días hábiles para accionar, previsto en el artículo 37º de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirmó la apelada por el mismo fundamento.

## FUNDAMENTOS

### 1. Legitimidad del tercero demandante

1. La presente demanda no ha sido interpuesta por el presunto afectado. El demandante, valiéndose de lo dispuesto en el artículo 26º de la Ley N.º 23506 que permite la interposición de la acción de amparo por un tercero sin necesidad de poder expreso en caso de que el presunto afectado se encuentre en imposibilidad física de accionar, ha entablado el presente proceso de amparo en favor de Alberto Fujimori Fujimori.
2. Si bien es cierto que el presunto afectado se encuentra prófugo de la justicia del país, lo que habilita la interposición de la acción de amparo por terceras personas sin la exigencia de un poder expreso para ello, es necesario señalar que la ausencia del presunto afectado se debe única y exclusivamente a su voluntad, no existiendo, como ciudadano, impedimento legal alguno para que retorne al Perú; por el contrario, existe el requerimiento judicial y congresal para que se apersona al país para cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales.

### 2. La acusación constitucional contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori

3. Como se recordará, el ex Presidente de la República, con fecha 13 de noviembre del año 2000 partió rumbo a Brunei y Panamá, para participar en la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Asia Pacífico (APEC) y en la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado, respectivamente.

Ello, además de ser un asunto de público conocimiento, consta en la Resolución Suprema N.º 509-2000-PCM, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 14 de noviembre del año 2000, mediante la cual se resolvió encargar el despacho de la Presidencia de la República al Vicepresidente entre los días 13 y 18 de noviembre de 2000.

Al llegar al continente asiático canceló su participación en la cumbre de Jefes de Estado a celebrarse en Panamá y se dirigió al Japón, desde el cual, con fecha 19 de noviembre, remitió su renuncia a la Presidencia de la República mediante correo electrónico.

4. Ante estos hechos, doce congresistas de la República presentaron, el 30 de noviembre de 2000, una denuncia contra el ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, por infracción de los artículos 38º y 118º inciso 1) de la Constitución e incumplimiento de la Ley N.º 26656 y la Resolución Legislativa 27355.

Asimismo, el congresista Henry Pease García, el 18 de enero de 2001, interpuso, también, denuncia constitucional contra el referido ex Presidente de la República por infracción a los artículos 45º y 97º de la Constitución del Estado y la comisión de los delitos de usurpación de funciones, abandono del cargo. Dichas denuncias fueron acumuladas en un solo proceso.

5. En el proceso constitucional se estableció que el ex Presidente, don Alberto Fujimori Fujimori, el día 11 de noviembre de 2000 salió del país con destino a Brunei, para participar en la Cumbre de Líderes del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico, la cual se realizaría entre el 15 y 16 de noviembre. Luego tendría que dirigirse a Panamá para participar en la Décima Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado. A esta reunión nunca llegó.
6. El ex Presidente, luego de realizar algunas escalas no autorizadas ni explicadas, arribó a Brunei el día 15 de noviembre y abandono dicho país al día siguiente, antes que finalizara el Foro y luego se dirigió a Tokio, Japón, donde permanece hasta la fecha. Desde allí el 19 de noviembre de 2000 dio a conocer al Perú su decisión de renunciar al cargo de Presidente de la República.
7. Comprobados los hechos de Alberto Fujimori Fujimori, tanto de su viaje ilegal al Japón así como la decisión de no regresar al Perú –que se confirma hasta la fecha–, y el abandono del cargo de Presidente de la República desde dicho país oriental, la Comisión Investigadora del Congreso concluyó que el ex Presidente incurrió en infracción de la Constitución en sus artículos 38º y 118º y en la comisión de delitos tipificados en los artículos 377º y 380º del Código.
8. El Pleno del Congreso de la República, con el informe de la Comisión Investigadora y conforme a los mandatos de los artículos 99º y 100º de la Constitución y el artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero

de 2001, inhabilitando a don Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que mientras no sea derogada por el Congreso, o declarada la inconstitucionalidad de dicha Resolución Legislativa, ésta [sic] produce plenos efectos.

### 3. Sobre la petición del accionante

9. En cuanto al fondo del asunto, el accionante fundamenta su pretensión alegando que el beneficiario de la presente acción no podía ser pasible de la sanción de inhabilitación por cuanto al momento de ser sancionado ya no contaba con la calidad de Presidente de la República, toda vez que mediante la Resolución Legislativa N.º 0-009-2000-CR ya se había declarado la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, no podía ser pasible de inhabilitación.
10. Este Colegiado considera que, si bien es cierto constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, prevista en el artículo 100º de la Constitución, el ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99º de la Constitución, ello no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público.

Ello es aún [sic] más evidente en el caso del Presidente de la República, pues, de acuerdo con el artículo 117º de la Constitución, el Presidente de la República sólo [sic] puede ser acusado, durante su mandato, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134º de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Por tanto, las acusaciones que se fundamentan en la comisión de otros delitos e infracciones constitucionales tendrán lugar, evidentemente, una vez que el Presidente de la República ha concluido su mandato constitucional o cuando se declara la vacancia de la Presidencia de la República de acuerdo con el artículo 113º de la Constitución Política.

11. El ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori tiene la calidad de inculpado en numerosos procesos penales y se ha solicitado, en alguno de ellos, su extradición judicial. Debe retornar al Perú no sólo [sic] para ejercitar su defensa, con las garantías del debido proceso y

la tutela jurisdiccional que le concede el Estado Democrático y Social de Derecho, en el que hay separación de poderes, sino para ratificar la demanda de amparo materia de este proceso.

#### 4. **La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR: Régimen constitucional y reglamentario**

12. Una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos mecanismos que le permiten realizar dicho control. Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100º de la Constitución Política de 1993.
13. En efecto, el artículo 100º establece que “Corresponde al Congreso de la República, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad”.
14. Del mismo modo, el artículo 89º del Reglamento de Congreso de la República desarrolla el procedimiento para realizar el juicio político, pudiendo el Pleno del Congreso de la República acordar la sanción de “suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional”.

#### 5. **Contenido de la inhabilitación política**

15. Tanto del artículo 100º de la Constitución como del artículo 89º del Reglamento del Congreso se infiere que el Congreso de la República puede imponer, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, sanciones políticas que pueden manifestarse de tres formas: 1) la *suspensión*, 2) la *inhabilitación* o 3) la *destitución* del funcionario público.
16. En lo que respecta al presente informe, es del caso señalar que corresponde analizar, propiamente, el contenido de la sanción de *inhabilitación política* que impone el Congreso a un funcionario público. En este sentido es del caso analizar cuál es el contenido de esta sanción y cuáles son sus alcances.
17. En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la *inhabilitación penal* (prevista en el artículo 36º del Código Penal) y a la *inhabilitación*

*administrativa* (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159º de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

18. En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99º de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo [*sic*] comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado.

## **6. Alcances y efectos de la inhabilitación política**

19. La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.
20. Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.
21. Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público “hasta por diez años” (artículo 100º de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos.

22. La Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR dispone una inhabilitación del ex Presidente de la República, don Alberto Fujimori Fujimori, por el tiempo de diez años, para el ejercicio de “toda función pública”, y restringe, por ese lapso, el ejercicio de su derecho de acceso a los

cargos públicos. Tal restricción ha de operar tanto por lo que se refiere al acceso a los cargos públicos derivados de elección, como al de acceso mediante concurso público o de designación; en consecuencia, se encuentra inhabilitado para postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el período a que se refiere la resolución legislativa ya referida.

## 7. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política

23. Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado.
24. En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero, tal discrecionalidad es posible sólo [*sic*] dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.
25. De ahí que, como ningún poder constituido esta por encima del poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales.
26. Si bien este Tribunal mediante sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N.º 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los artículos 99º y 100º de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia.
27. En efecto, mediante Resolución aclaratoria de fecha 9 de diciembre de 2003 este Tribunal precisó que no es posible deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99º y 100º de la Constitución en un sentido distinto a los criterios expuestos en la referida sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, *strictu sensu*, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales.

Tal como lo señaló este Tribunal “Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99º y 100º de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en

un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputársele inconstitucional”. Asimismo, tal como lo señala este Tribunal en la referida resolución “(...) la sentencia materia de la presente resolución, no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna”.

28. Esta sentencia tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes y organismos públicos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

## **FALLO**

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

## **HA RESUELTO**

1. Declarar infundada la acción de amparo de autos.
2. Forman parte del fallo los fundamentos N.ºs 8, 21 y 22.
3. Poner esta sentencia en conocimiento de los Poderes Legislativo y Judicial y del Jurado Nacional de Elecciones, para los efectos de ley.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 2302-2003-AA/TC  
LIMA  
INVERSIONES DREAMS\* S.A.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de abril de 2005, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por Inversiones Dream S.A. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 472, su fecha 27 de enero de 2003, que declara infundada la demanda de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

Con fecha 17 de septiembre de 2001, la recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas\*\* - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por considerar que se vienen vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad; y, en consecuencia, solicita que se declaren inaplicables a su caso los artículos 48º al 53º del Decreto Legislativo N.º 776, referido al Impuesto a los Juegos; y, el artículo 9º inciso a) del Decreto Supremo N.º 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas.

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional; se lee: "DREAMS", debiendo decir: "DREAM".

\*\* La Superintendencia Nacional de Aduanas fue fusionada por absorción por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, mediante Decreto Supremo N.º 061-2002-PCM de fecha 12 de julio de 2002 modificándose el nombre de esta última a Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT.

Señala que la empresa presenta pérdidas, y el pago de ambos tributos resulta confiscatorio al gravar doblemente a una misma actividad comercial, por esta razón, no pueden pagar los tributos establecidos en dichas normas, para lo cual, se verían obligados a destinar sus activos, es decir, sustrayendo su propiedad. Asimismo, alegan que el Decreto Supremo N.º 095-96-EF, al establecer la alícuota del impuesto vulnera el principio de legalidad del artículo 74º de la Constitución, según el cual, sólo [sic] por ley se pueden crear tributos, lo que implica que todos sus elementos esenciales, siendo uno de ellos *la tasa* del Impuesto [sic], sean fijados por ley y no por norma infralegal como en el presente caso.

## 2. Contestación de la demanda

La Municipalidad Distrital de Jesús María contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada o improcedente, aduciendo que las supuestas violaciones de los derechos fundamentales invocados han caducado, agregando que el petitorio de la demanda no es claro, ya que algunos artículos cuestionados han sido derogados y otros modificados por las Leyes N.ºs 26812 y 27153, lo cual no ha sido contemplado por el recurrente. Asimismo, alega que la empresa demandante no ha acreditado la supuesta confiscatoriedad que alega.

El Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del MEF deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandado, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía previa y de caducidad; y, solicita que se la declare improcedente o infundada, por estimar, que la demandante no ha señalado un acto concreto de afectación de sus derechos constitucionales y que la acción de amparo no es la vía idónea para cuestionar la validez de normas legales emitidas con sujeción a la ley.

La SUNAT deduce las excepciones de falta de legitimidad del demandado, indebida acumulación de pretensiones y caducidad; y contesta la demanda solicitando que se la declare infundada o improcedente, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para impugnar la validez de una norma jurídica, en cuyo caso, la vía correspondiente es la acción de inconstitucionalidad.

## 3. Resolución de primera instancia

El Sexagésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de abril de 2002, declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar, respecto del MEF, infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar respecto a la SUNAT, de incompetencia, de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, e *infundada la demanda*, por considerar que en autos no existe medio probatorio alguno que demuestre el daño sufrido, máxime cuando no es posible determinar la

situación de pérdida que la demandante alega, no siendo suficiente para ello el estado de pérdidas y ganancias que consta en autos. En consecuencia, es necesario que la presente causa sea vista en una vía que cuente con estación probatoria, donde se puedan merituar mayores elementos de juicio.

#### 4. Resolución de segunda instancia

La recurrida confirmó la apelada por las mismas consideraciones, debido a que no se ha acreditado el estado de pérdidas alegado, siendo insuficientes los documentos probatorios presentado [sic] por la empresa demandante.

### III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Habiendo sido cuestionados por las partes, materias constitucionales respecto a la forma y el fondo, es necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre cada uno de ellos y establezca los criterios vinculantes en cada caso. En tal sentido, corresponde desarrollar los siguientes temas:

- I. Respecto a los aspectos de forma, debe determinarse:
  - (a) Si es necesario el agotamiento de la vía previa en el caso de autos.
  - (b) Si las normas cuestionadas son del tipo autoaplicativas, en consecuencia, no se requiere actos concretos de afectación para demostrar la afectación de derechos.
- II. Respecto a los aspectos de fondo, nos pronunciaremos sobre:
  - (c) El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74º de la Constitución.
  - (d) Si el establecer tributos sobre una misma actividad económica como en el caso del Impuesto a los Juegos regulado en [sic] Ley de Tributación Municipal, y, el Impuesto Selectivo a los Juegos de azar y apuestas; según la Ley del IGV e Impuesto Selectivo al Consumo y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 095-96-EF, vulnera el principio de no confiscatoriedad por sumatoria de tributos.
  - (e) La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos.
  - (f) Los alcances del principio de reserva de ley.
  - (g) Si, en el caso del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a

los juegos de azar y apuestas, se ha vulnerado el principio de reserva de ley, al establecer la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo.

#### IV. FUNDAMENTOS

##### A. Sobre la cuestión de procedencia

1. Conforme se aprecia de los escritos presentados por las partes, existe controversia sobre si en el presente caso es necesario agotar la vía administrativa. Así tenemos que, según el alegato de la empresa demandante, la necesidad de agotar la vía administrativa en estos casos, se encuentra exceptuada por tratarse de normas autoaplicativas, y, a su vez, porque así lo ha establecido diversa jurisprudencia del Tribunal, en los casos en que una norma tributaria establece vía Decreto Supremo la configuración de algún elemento esencial del tributo, como se aprecia de las STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, [sic] STC 323-2001-AA/TC.

Por su parte, los emplazados coinciden en que los demandantes debieron agotar la vía previa y que las normas cuestionadas no son normas autoaplicativas, por lo que, se encontraban obligados a acreditar las vulneraciones concretas a sus derechos y no simplemente alegar las supuestas afectaciones.

2. Si bien en primera instancia se declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, decisión confirmada por la instancia superior; a nuestro juicio, resulta importante que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la excepción deducida y uniformice su jurisprudencia en este aspecto, a fin de evitar cualquier duda en el justiciable respecto a la tramitación de sus recursos.

En efecto, en diversa jurisprudencia –invocada por el recurrente– hemos señalado que *“...no será exigible el agotamiento de la vía previa si esta no se encuentra regulada. En el presente caso, no se encuentra normado en la ley, recurso administrativo alguno que revierta los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74º de la Constitución...”* (STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, [sic] STC 022-2000-AA/TC).

Contrariamente al criterio precedente, en la STC 1266-2001-AA/TC, –donde también se cuestionaba la aplicación del inciso a) del Decreto Supremo 095-96-EF– se señaló: *“..el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose*

*de la inconstitucionalidad de una norma legal –a cuyo amparo se realizó el acto reclamado–, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquicamente inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos”.*

3. Al respecto, frente a un caso de doble criterio sobre el agotamiento de la vía previa, plausible de generar dudas en el recurrente, –como se aprecia de autos–, corresponde en principio, aplicar el principio *pro actione* del artículo 45º del Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, según el cual, en caso de duda se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Según el principio *pro actione*, invocado por este Tribunal en anteriores oportunidades, se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción (STC 1049-2003-AA/TC).

4. No obstante, la aplicación para el caso de autos de la regla impuesta por el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, en esta oportunidad debe establecer el criterio que deberá ser aplicable a las controversias similares que se presenten en el futuro.
5. En primer lugar, nos apartamos del criterio mediante el cual, afirmamos que *la vía previa no se encuentra regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionan los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución* (STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, [sic] STC 022-2000-AA/TC); por dos razones fundamentales:
  - A) Primeramente, porque de existir actos concretos de aplicación de una norma tributaria, como por ejemplo, órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas; es evidente, que el reclamo de los mismos, debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto es, el Código Tributario. En ese sentido, no es cierto que en estos casos, la vía previa no se encuentre regulada, puesto que, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria, el contribuyente puede reclamar en primera instancia, ante el

órgano administrador del tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién queda agotada la vía administrativa.

B) De otro lado, porque un Decreto Supremo, como norma reglamentaria, se encuentra subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución. Así, cuando se trata de materia tributaria, atendiendo al principio de reserva de ley del artículo 74º de la Constitución, cuando un Decreto Supremo regula esta materia, constituye un reglamento *secundum legem*, el cual sólo [sic] puede desarrollar la ley más no trasgredirla [sic] ni desnaturalizarla. En estos casos, de extralimitar el contenido de una ley, no cabe duda que, un órgano administrativo como el Tribunal Fiscal, se encuentra plenamente facultado para pronunciarse al respecto, más aún [sic] cuando, el artículo 102º del Código Tributario, establece que, al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía.

6. En consecuencia, cuando se cuestione los actos de aplicación de un Decreto Supremo como norma reglamentaria en materia tributaria, estamos en principio frente a un problema de conformidad con la Ley, para lo cual, debe agotarse la vía administrativa hasta llegar al recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal. Cabe advertir sin embargo, un inconveniente a esta regla: *los casos de normas autoaplicativas*.

7. En diversa jurisprudencia, este Colegiado ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoapliactivas [sic], esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, [sic] 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún [sic], al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

8. Cabe preguntarse entonces, si las normas tributarias cuestionadas en autos, son normas autoaplicativas. En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, señalamos que “...*si bien parece que*

*el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún [sic] cuando en la práctica [sic] no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación p [sic] cobranza del impuesto...". [sic]*

Este criterio es, de igual manera, aplicable al caso de autos.

9. En efecto, estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para a la regla del agotamiento de la vía previa.

## **B. Sobre los aspectos materiales de la demanda**

10. El petitorio de la demanda es que se declare inaplicables a su caso, los artículos 48º al 53º del Decreto Legislativo 776, referido al Impuesto a los Juegos; así como, el inciso a) del artículo 9 del Decreto Supremo 095-96-EF, referido al Impuesto Selectivo al Consumo de los juegos de azar y apuestas, porque en conjunto son confiscatorios en su caso, y, porque el último al vulnerar el principio de legalidad en materia tributaria estableciendo la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo, afecta sus derechos como contribuyente.
11. En ese sentido, una vez desvirtuada la cuestión de forma y establecido el criterio aplicable, corresponde efectuar el análisis sobre la supuesta afectación a los derechos constitucionales a la propiedad, a la no confiscatoriedad y el respeto al principio de legalidad en materia tributaria, invocados por el recurrente.

### **El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74º de la Constitución**

12. El artículo 74º de la Constitución peruana, establece como uno de los límites al ejercicio de la potestad tributaria, el principio de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio constitucional, ha

adquirido contenido a través de nuestra jurisprudencia, mediante la cual, hemos señalado que “(...) *se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica*” (STC N.º 2727-2002-AA/TC).

13. En la misma sentencia bajo comentario, señalamos que el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un *‘concepto jurídico indeterminado’*. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que *debe ser analizado y observado en cada caso*, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente se admite para no vulnerar el derecho a la propiedad.
14. Asimismo, conforme se estableció en la STC N.º 0004-2004-AI/TC (acumulados), es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta en las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo [*sic*] podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.

### **La confiscatoriedad por sumatoria de tributos**

15. En el presente caso, la parte demandante alega confiscatoriedad por doble imposición sobre un [*sic*] misma actividad comercial, señalando además, que en el ejercicio 2000/2001, este hecho les ha generado pérdidas, como se advierte del estado de ganancias y pérdidas que adjuntan, como medio probatorio a fojas 78. Refieren, que al ser gravados por el Impuesto a los Juegos (administrado por la Municipalidad), y, el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la SUNAT), se encuentran tributando dos veces por la misma actividad, convirtiendo en deficitaria su actividad comercial.

Así las cosas, a fojas 206, sostienen que no podrán cumplir con la distribución legal de la renta, es decir, con la participación que se otorga a los trabajadores equivalente al 6%. Tampoco se podrá cumplir con el Estado peruano con el pago al Impuesto a la Renta.

16. Antes de nuestro pronunciamiento sobre si el estado de confiscatoriedad que alegan se encuentra válidamente acreditado en autos, merece aclarar algunos temas discutidos por el demandante. El primero de ellos, referido a la confiscatoriedad por sumatoria de tributos, el segundo sobre el no pago de sus obligaciones con el Estado respecto al impuesto a la renta [sic].
17. Para que pueda apreciarse una relación de compatibilidad entre la tributación y el derecho de propiedad, es necesario que las afectaciones a la última sean razonables y proporcionadas, de modo tal, que no constituyan una apropiación indebida de la propiedad privada. Ahora bien, las afectaciones a la propiedad son razonables cuando tienen por objeto contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, para lo cual, necesariamente debe hacerse en la medida y proporción de la capacidad contributiva de cada persona o empresa.

Así lo señalamos en la STC 033-2004-AI/TC cuando sostuvimos que *“la capacidad contributiva tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a imposición; es decir, que siempre se establezca un tributo, este deberá guardar íntima relación con la actividad económica de los sujetos obligados, ya que solo así se respetará la aptitud del contribuyente para tributar...”* [sic]

Es cierto que se excede el límite de la capacidad contributiva y, por ende, un tributo se vuelve confiscatorio, sea a consecuencia de un solo tributo exorbitante, o por vía de diversas cargas tributarias que siendo moderadas, en su conjunto traen el mismo efecto y presión sobre el contribuyente. Sin embargo, este es una situación que requerirá de un peritaje especial para su comprobación.

18. En el caso de autos estamos frente a dos impuestos, el Impuesto a los Juegos, regulados por el Decreto Legislativo 776; y el Impuesto Selectivo al Consumo, a los juegos de azar y lotería. El primero es recaudado y administrado por y a favor de las Municipalidades, mientras que el segundo, es administrado por la SUNAT, siendo un caso típico de impuesto que, además de su función recaudadora, sirve al Estado, a su vez, para cumplir una finalidad extrafiscal.

Ya nos hemos pronunciado al respecto cuando indicamos que: *“... Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por*

*el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas” (Fd. 2, STC 009- 2001-AI/TC).*

Ello es así, en la medida que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera como al de los juegos de apuesta que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia.

19. Ahora bien, ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. [sic] La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura *por si misma* si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es si, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio.

Para determinar esta afectación excesiva de la propiedad privada, es claro que se requiere de un minucioso examen de la contabilidad de la empresa para establecer si realmente, tal afectación, tiene su origen en la presión tributaria impuesta a su actividad.

20. Como se aprecia, y siguiendo lo expuesto en nuestro fundamento 12 *supra*, las alegaciones de confiscatoriedad sea por un tributo excesivo o por doble o múltiple imposición, no son inconstitucionales por sí mismas; y, en cada caso, su afectación deberá evaluarse dependiendo de la situación económica de cada contribuyente. Es por ello, que no pueden aceptarse como válidas, aquellas afirmaciones del contribuyente, mediante las cuales, se considera exento del pago del impuesto a la renta [sic] y de la repartición de utilidades a los trabajadores debido a la doble tributación a los juegos.

El Impuesto a la Renta, presenta distintas características, así como, un sistema de cálculo y deducciones propio, en el que además, de acuerdo al inciso b) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, entre las deducciones para llegar a la renta neta, *se consideran los tributos que recaen sobre bienes o actividades productoras de rentas gravadas*. Con lo cual, únicamente el contribuyente está exento de pago cuando en un periodo fiscal, no se ha producido renta y de acuerdo a los términos de la propia ley y su reglamento.

En todo caso, como se viene señalando, de tratarse de afectaciones a la propiedad por sumatoria de tributos, tales alegaciones, están sujetas a su comprobación mediante material probatorio.

### **La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos**

21. Hemos venido señalando que para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario acreditar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica, como en el caso de autos. Y es que, no podría ser de otra manera cuando se alega afectación exorbitante a la propiedad privada.

Ese ha sido justamente el criterio seguido tanto por el *a quo* y el *a quem* para desestimar la demanda, al considerar que los documentos presentados por el demandante no constituyen prueba suficiente para demostrar la situación de pérdida alegada. Este criterio es compartido por este Tribunal en este extremo de la demanda.

22. En efecto, a fojas 78, la empresa demandante anexa como medio probatorio para demostrar la confiscatoriedad en su caso, “un estado de ganancias y pérdidas comparativo” elaborado por la propia empresa, bajo la responsabilidad del contador Marco Quintana, quien firma y da valor al documento.
23. A nuestro juicio, el referido documento no puede ser admitido de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad [*sic*] de tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente, pues restan imparcialidad a lo declarado, en todo caso, están sujetos a revisión. Este es justamente el criterio bajo el cual, este Tribunal desestima como elementos probatorios válidos, las declaraciones juradas.
24. Adicionalmente y con mayor gravedad, el referido documento únicamente se limita a indicar cifras, pero no certifica la certeza de las mismas, ni demuestra en realidad a cuánto ascienden los gastos de la empresa, pues para que ello quede fehacientemente acreditado, no basta con su mera alegación sino que deben adjuntarse los documentos que acredite la manera como [*sic*] se llega a dichos montos.
25. Otra dificultad advertida –que no ha sido considerada por la demandante– es la demostración de la confiscatoriedad en el caso de los impuestos indirectos como el caso del Impuesto Selectivo al

Consumo. Así, la doctrina y jurisprudencia comparada, coinciden en considerar improcedente la confiscatoriedad en estos casos, primero por los fines extrafiscales de los impuestos al consumo, y, segundo porque los impuestos indirectos se trasladan al consumidor, quien es quien soporta la carga del impuesto<sup>64</sup>.

En la misma línea, algunos suelen descartar alegaciones de confiscatoriedad, en el caso de la imposición sobre el consumo donde determinadas técnicas y condicionamientos lo harían de imposible realización<sup>65</sup>.

Los impuestos son abstractos y objetivos de modo que no tienen una vocación confiscatoria de origen ni de resultado; sino que, dada a veces la incapacidad productiva o de servicios eficientes que presta una empresa, no genera los ingresos o rentas razonablemente esperados para cumplir con sus obligaciones tributarias. Por ello, el Estado está prohibido de subsidiar indirectamente la actividad empresarial privada ineficiente.

26. La razón expuesta, constituye una adicional, que a nuestro juicio afianza la necesidad de mayores pruebas en estos casos, lo cual, desde ya, resulta dificultoso para un proceso sumario como es el amparo, que carece de etapa probatoria. Ello, más aún [*sic*], porque consideramos que una excepción a esta regla en los impuestos indirectos, sería la demostración de que en el caso del contribuyente, el impuesto no fue trasladado, es decir, que él asumió la carga del mismo, y, además, siendo así, le trajo perjuicios a la economía de la empresa, lo cual, claro está, debe ser acreditado.
27. En consecuencia, si bien es cierto que el Código Procesal Constitucional (artículo 9) ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, también lo es que prevé la procedencia de medios probatorios que no requieren actuación y de los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso.

Sin embargo, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda

64 GARCIA BELSUNCE, Horacio. *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1994. p. 251.

65 CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. Derecho Tributario I (parte General)*. Madrid: Civitas. p. 92.

la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos.

28. Por consiguiente, en este extremo, la demanda debe ser desestimada por no haberse acreditado la confiscatoriedad alegada por la empresa recurrente.

### **Los alcances del principio de reserva de ley en materia tributaria**

29. El segundo extremo del petitorio está referido a la inaplicación del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, que establece que: *“la tasa aplicable a los juegos de azar y apuestas, tratándose de loterías, bingos, rifas y sorteos es 10% (inciso a)”*.

Aducen que se vulnera el principio de reserva de ley, pues se fija la tasa del Impuesto [sic] mediante norma reglamentaria, como es el Decreto Supremo, y no por Ley, conforme lo establece la Constitución en el artículo 74º. Asimismo, a fojas 490, el recurrente presenta recurso extraordinario contra la sentencia apelada, cuestionando la falta de pronunciamiento en este extremo.

30. En efecto, los jueces de primera y segunda instancia han obviado pronunciarse en este extremo. Sobre el particular debe señalarse que la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3), no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones ante ellos formuladas<sup>66</sup>. Se parte, pues, del principio de congruencia judicial, que exige al juez que, al pronunciarse sobre una causa, no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso a resolver.

Sin embargo, como ya se ha visto, existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable, frente a lo cual el juez constitucional, de acuerdo con el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Código Procesal Constitucional) y del principio *iura novit curia* (artículo VIII), luego del análisis fáctico, tiene el deber de reconocer el trasfondo o el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que esto represente una extralimitación de sus facultades (Fd. 15 de la STC 0569-2003-AC/TC).

66 DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. “Reflexiones sobre algunas facetas del derecho dentro de esta línea de acción, fundamental a la tutela judicial efectiva”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto, INAP, 2000. p. 23

De esta manera, siguiendo nuestra línea jurisprudencial, procederemos a pronunciarnos sobre el extremo invocado.

31. El primer párrafo del artículo 74º de la Constitución establece que «*los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas [sic], dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley*».

La potestad tributaria del Estado debe ejercerse, antes que en función de la ley, en función de la Constitución –principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución)– y de los principios que ella consagra y que informan, a su vez, el ejercicio de tal potestad. Dichos principios, por otra parte, constituyen una garantía para los contribuyentes, en tanto impone que no se puede ejercer la potestad tributaria en contra de la Constitución ni de modo absolutamente discrecional o arbitrariamente.

En tal sentido, la potestad tributaria del Estado, antes que someterse al principio de legalidad, está supeditado a la Constitución. Es en función de ella que el principio de legalidad tiene validez y legitimidad.

32. Ahora bien, es bastante frecuente la confusión que existe entre el principio de legalidad y el de reserva de ley.

Se debe partir de señalar que no existe identidad entre ellos. Así, mientras que el *principio de legalidad*, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la *reserva de ley*, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo [sic] por ley, de ciertas materias.

Así, «mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo [sic] es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo [sic] límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora»<sup>67</sup>.

67 DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 69.

En materia tributaria, el *principio de legalidad* implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo [*sic*] a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución.

33. A diferencia de este principio, la *reserva de ley* significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la *reserva de ley* para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica “*no taxation without representation*” – es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir.

Así, conforme se establece en el artículo 74º de la Constitución, la reserva de ley, es ante todo una *cláusula de salvaguarda* frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos<sup>68</sup>.

34. De acuerdo con estas precisiones, tal distinción en el ámbito tributario no puede ser omitida, pues las implicancias que generan tanto el principio de legalidad, así como la reserva de ley no son irrelevantes. Ello es así en la medida que la Constitución ha otorgado tanto al Poder Legislativo así como al Poder Ejecutivo la posibilidad de ejercer la potestad tributaria del Estado. En el primer caso, el ejercicio se realiza mediante una ley en sentido estricto, mientras que en el caso del Poder Ejecutivo sólo [*sic*] puede realizarlo mediante decreto legislativo.
35. Ahora bien, respecto a los alcances de este principio, hemos señalado que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. Asimismo, sostuvimos que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

La regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de legalidad–, comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su

68 ALGUACIL MARI, Pilar. *Discrecionalidad técnica y comprobación tributaria de valores*. Valencia: Diálogo S.L. p. 27.

acaecimiento (aspecto espacial) (STC 2762-2002-AA/TC, y, STC 3303-2003-AA/TC).

36. El cuestionado inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, fija la tasa de este impuesto, por derivación del artículo 61º del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, que a tenor señala que: *“Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos...”*.
37. Al respecto, en el Fd. 20 de la STC 2762-2002-AA/TC, nos pronunciamos sobre este punto, y señalamos que es evidente que el artículo 61º, en este extremo, ha excedido los límites que derivan de la propia Constitución en materia de reserva de ley, pues el legislador, dando carta abierta al Ejecutivo, ha establecido –sin ningún parámetro limitativo como, por ejemplo, fijar topes– que sea este el que disponga las modificaciones a las tasas; lo que se presenta como una remisión normativa en blanco o deslegalización, permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa.

En aquella oportunidad se amparó la demanda, dejándose sin efecto los actos concretos de aplicación que hayan derivado del Decreto Supremo irregular. Este es el criterio que corresponde aplicar en el presente caso, y, en consecuencia, dejar sin efecto aquellas cobranzas que constan en autos y que hayan sido derivadas de los efectos de la aplicación del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas [sic].

Ello es así, en la medida que la alícuota también forma parte esencial del hecho imponible; debido a que el quantum del impuesto está directamente relacionado con el carácter no confiscatorio del impuesto. Elemento que sólo [sic] puede estar regulado de manera clara y precisa en la ley. Lo que no obsta a que el Decreto Supremo pueda complementar al mismo, en el marco, por ejemplo, de topes máximos y mínimos que hubiera establecido la ley o de la forma de determinación del monto.

## V. FALLO

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

## HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la confiscatoriedad por doble imposición en el caso del Impuesto a los Juegos y el Impuesto Selectivo a los Juegos de Azar y Apuestas, conforme a los fundamentos 21 al 28.
2. Declarar **FUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos.
3. Establézcase el precedente vinculante respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, según lo señalado en los fundamentos 5 al 9. En consecuencia: a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo– directamente contraría [*sic*] a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de la vía previa; b) la excepción a la regla precedente, serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación.

Publíquese y Notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 1150-2004-AA/TC  
LIMA  
BANCO DE LA NACIÓN

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de abril de 2005, el pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por el Banco de la Nación, representado por don Héctor Manuel Rodríguez Mundaca, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 116, su fecha 26 de setiembre de 2003, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 26 de febrero de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra EsSalud y contra la titular del Quincuagésimo Segundo Juzgado "A" Civil Corporativo de Lima, doctora Mariella Chiriboga Mendoza, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.º 581, de fecha 28 de diciembre de 2001, por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Alega que no ha sido ni es parte en el proceso judicial seguido por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del Instituto Peruano de Seguridad Social (ATRIPPS) con el Instituto Peruano de Salud (IPSS), ahora EsSalud, sobre Pago de Reintegros y Remuneraciones Insolutas, en el que se dictó la Resolución N.º 581, en virtud de la cual se le ordenó el pago de intereses de un cheque girado a favor del IPSS. Sostiene, además, que existe prohibición legal expresa para dicho abono, conforme lo establece el artículo 181º de la actual Ley de Títulos Valores N.º 27287.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare infundada por

carecer de verosimilitud y de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su pretensión, agregando que el demandante no ha demostrado, fehacientemente, la alegada violación de sus derechos, y que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la nulidad de resoluciones judiciales, como pretende el demandante.

EsSalud, por otra parte, afirma que en el proceso civil en que se expidió la resolución cuestionada no se exigió el pago de intereses de un cheque o título valor, sino el pago de intereses por los cinco años durante los cuales su depósito de dinero fue usufructuado por el Banco de la Nación.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de setiembre de 2002, declara infundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, estimando que no se violó el derecho constitucional al debido proceso, ya que el demandante fue correctamente notificado con la Resolución N.º 581, no obstante lo cual interpuso su recurso de apelación fuera del plazo de ley, razón por la cual fue declarado improcedente.

La recurrida confirma la apelada argumentando que las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales o arbitrales emanadas de proceso regular.

## FUNDAMENTOS

1. Inicialmente, es pertinente examinar si el Tribunal Constitucional es competente para analizar un proceso que contraponga los intereses de dos entidades de derecho público. La demanda en el presente caso ha sido presentada por el Banco de la Nación y dirigida básicamente contra el Seguro Social de Salud, ESSALUD, ex IPSS. Según el artículo 6 inciso 4 de la Ley 23506, aplicable al caso concreto, no proceden las acciones de garantía “de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones”. *Contrario sensu*, se observa que sí proceden los procesos constitucionales entre tales entidades en caso de que la actividad de la demandada no haya sido efectuada en el ejercicio regular de sus funciones, tal como se critica a ESSALUD. Es más, ya en anterior oportunidad (Sentencia del Expediente 918-98-AC/TC), este Colegiado se ha considerado competente para revisar un proceso iniciado por el Fondo Metropolitano de Inversiones - INVERMET, y dirigido contra la Municipalidad Distrital de Lince. Por estas consideraciones, en el presente caso, la relación jurídica procesal constitucional queda plenamente establecida entre demandante y demandada, más aún [*sic*] si la pretensión está dirigida a la tutela

objetiva de derechos fundamentales, correspondiendo, por lo tanto, entrar a decidir sobre el fondo del asunto.

2. La resolución que se alega como vulneratoria de derechos, y que da origen al presente proceso de amparo, fue expedida por el Quincuagésimo Segundo Juzgado “A” Civil Corporativo de Lima, en los seguidos por la Asociación de Trabajadores Renunciantes del IPSS con el Instituto Peruano de Seguridad Social, sobre pago de reintegros y remuneraciones insolutas, proceso en el cual, se dispuso trabar embargo sobre las cuentas de propiedad de la demandada.
3. Ejecutada la medida de embargo sobre una cuenta que poseía el IPSS en una entidad bancaria, el dinero fue depositado en el Banco de la Nación, el cual, como consecuencia de dicho acto procesal, adquirió la condición de depositario. El Juzgado, posteriormente, en cumplimiento de una resolución de la Corte Suprema de la República, dispuso la devolución del dinero objeto del depósito, notificando al Banco de la Nación para que procediera conforme a lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional.
4. Es en esta etapa del referido proceso en que se involucra al Banco de la Nación, que, como depositario, no es parte de la relación jurídico procesal establecida originalmente entre ATRIPPS - IPSS. En efecto, el juzgado dispuso, a pedido del IPSS y en mérito de la resolución de fecha 28 de diciembre de 2001, cuestionada en este proceso de amparo, no sólo [sic] la restitución de los fondos embargados, sino también el pago de los intereses que considera se han devengado en su favor. La resolución aludida no es consecuencia de la sentencia dictada en tales autos, razón por la cual el Banco de la Nación ha impugnado la obligación de pago que se le exige.
5. Este Colegiado considera que la obligación de pago de intereses exigido por el IPSS, actualmente ESSALUD, debe ser necesariamente materia de un proceso en el que sea debidamente emplazado el Banco de la Nación y en el que se determine, mediante sentencia firme, la procedencia de dicha obligación.
6. Uno de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139<sup>o</sup> de la Constitución. El Tribunal ha declarado que “El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho” (STC 071-2002-AA/TC), y que “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de

indefensión” (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pretensión.

7. Marcial Rubio Correa comenta que “Para el Tribunal Constitucional el debido proceso, por consiguiente, incluye todas las normas constitucionales de forma y de fondo aplicables, así como las principales disposiciones de legislación de jerarquía inferior que contribuyen a garantizar la aplicación de los derechos constitucionales. No es un concepto restrictivo sino extensivo.” [sic] (“La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, PUCP, Fondo Editorial, pág. 315).
8. En ese sentido, este Tribunal estima que se ha producido una violación del derecho de defensa.
9. Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos 1, 5 y 6, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

### HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, nula la resolución N.º 581, de fecha 28 de diciembre de 2001, y nulo todo lo actuado respecto a la liquidación y pago de intereses a cargo del Banco de la Nación, dejando a salvo el derecho que pueda corresponder a EsSalud para que lo haga valer conforme a ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LATIRIGOYEN**  
**REVOREDO MARSANO**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAGDIEL GONZALES OJEDA

Coincido con el sentido del fallo. Sin embargo, debo precisar que si bien es necesaria la existencia de un proceso de conocimiento o incidental para determinar de modo fehaciente el monto concreto que debe restituir el Banco de la Nación al Seguro Social de ESSALUD (Ex IPSS), en caso de que el resultado de dicho proceso resulte contrario a los alegatos planteados por el referido banco, existiría una grave negligencia por parte de determinados funcionarios públicos de dicha entidad, al haber permitido que por efectos del paso de tiempo y de la aplicación de los intereses correspondientes, la suma de restitución respectiva aumente considerablemente con el consecuente perjuicio para los activos de una entidad estatal que maneja fondos de todos los peruanos.

La Constitución Política, en su artículo 41º, regula las especiales obligaciones de los funcionarios y servidores públicos que administran o manejan fondos del Estado, reservando a la ley la previsión de las concretas responsabilidades de dichos funcionarios, las que incluso, atendiendo a la gravedad de los hechos, pueden revestir alcances penales.

En tal sentido, en caso de que en el proceso que tendrá lugar como consecuencia de la expedición de la presente sentencia se determinen responsabilidades concretas de funcionarios públicos de la entidad bancaria recurrente, deberán aplicarse las sanciones administrativas [*sic*] y/o penales que por ley correspondan.

S.

**GONZALES OJEDA**

EXP. N.º 2791-2005-PA/TC  
LIMA  
JULIO SOVERÓN  
MÁRQUEZ Y OTRO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Tacna, a los 10 días del mes de junio de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Julio Soverón Márquez y don Gastón Ortiz Acha contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 21, su fecha 25 de noviembre de 2004, que, confirmando la apelada, declara improcedente la acción de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 14 de junio de 2004, los recurrentes interponen acción de amparo a favor de don Alberto Fujimori Fujimori contra el Congreso de la República, solicitando que se declare inaplicable al beneficiario la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, mediante la cual se lo inhabilita para ejercer funciones públicas por un período de diez años. Sostienen los recurrentes que el ex presidente Fujimori no fue notificado de ninguna forma de las denuncias interpuestas en su contra, impidiendo el ejercicio de su defensa por sí mismo y con la asistencia de abogado, conforme lo manda el segundo párrafo del artículo 100.º de la Constitución Política, omisión que vulnera sus [sic] derecho constitucional a un debido proceso.

El Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 16 de junioo [sic] de 2004 declara improcedente la acción de amparo por considerar que la resolución cuestionada ha sido expedida por el Poder Legislativo en el ejercicio regular de sus funciones, siendo aplicable al caso de autos la causal de improcedencia establecida en el inciso 4) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506.

La recurrida confirma la apelada argumentando que los recurrentes no han cumplido con acreditar que la ausencia del presunto afectado sea producto de una situación no deliberada por este.

## FUNDAMENTOS

1. En las STC N.ºs 3760-2004-AA/TC y 3238-2004-AA/TC, de fecha 22 de febrero de 2005, que resuelven procesos constitucionales de amparo sustancialmente similares al de autos, interpuestos por los mismos recurrentes a favor de Alberto Fujimori Fujimori, y que constituyen jurisprudencia vinculante, este Colegiado ya se pronunció por la legitimidad para obrar del tercero demandante, determinando la procedibilidad de ambas demandas, siendo dicho criterio, *mutatis mutandis*, aplicable a la presente causa.
2. Con relación al fondo de la controversia, este Tribunal Constitucional ha verificado que el 22 de enero de 2001 el Congreso de la República, en cumplimiento del segundo párrafo del inciso e.3) del artículo 89.º del Texto Único Ordenado de su Reglamento, vigente en ese momento, notificó al señor Alberto Fujimori Fujimori las Denuncias Constitucionales por la infracción de los artículos 38.º y 118, inciso i), de la Constitución Política, a través del diario oficial “El Peruano” y el diario “El Comercio”, como periódico de circulación nacional, así como en la página web de ambos diarios, para que el referido ciudadano ejerciera su defensa ante la Comisión respectiva, por lo que no se han vulnerado sus *[sic]* derecho de defensa y al debido proceso.
3. Sin perjuicio de lo antes señalado, debe reiterarse que la Resolución Legislativa N.º 018-2000-CR ha sido expedida por el Congreso de la República de conformidad con el artículo 100.º de la Constitución Política del Perú y, por lo tanto, el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori está inhabilitado para ejercer toda función pública durante diez años, computables a partir del día siguiente a la publicación de la referida norma legal. Dicha inhabilitación es consecuencia de un juicio político y es distinta de la inhabilitación judicial. La primera opera por decisión del Congreso de la República y tiene los efectos de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública. La segunda es consecuencia de una sentencia judicial que suspende el ejercicio de la ciudadanía, de acuerdo con el artículo 33.º de la Constitución Política del Perú.
4. La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto en nuestra Carta Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación vigente. En efecto, el artículo 29.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre

de 1948, aprobada por Resolución Legislativa N.º 13282, indica que “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, **toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley** con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Igualmente, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por Decreto Ley N.º 22128, reconoce que “1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones; 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, y 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, **puede estar sujeto a ciertas restricciones**, que deberán, sin embargo, estar **expresamente fijadas por la ley** y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Finalmente, el artículo 13. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Decreto Ley N.º 22231, indica que la libertad de pensamiento y de expresión debe ser ejercida, sin censura previa, pero sujeta a responsabilidades ulteriores, las que deben estar **expresamente fijadas por la ley**, y con respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Es, pues, evidente que, como todos los derechos y libertades, la libertad de expresión no es de naturaleza absoluta, y su ejercicio debe estar sujeto a la regulación legal.

5. Por otro lado, este Colegiado destaca que el artículo 35.º de la Constitución Política del Perú declara que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, **conforme a ley**, las que concurren a la formación de la voluntad popular y gozan de personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente; pero también señala que **la ley** establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos **y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general**.

6. Al respecto, es por Ley N.º 28094, de 31 de octubre de 2003, que se regula la actividad de los partidos políticos y se declara entre los fines y objetivos de los partidos políticos: (a) asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático, y (b) contribuir a la preservación de la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado (artículo 2.º). Asimismo, de acuerdo con el artículo 14.º de dicha ley, solo puede declararse la ilegalidad de una organización política por la Corte Suprema de la República, a pedido del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo, en los siguientes casos taxativamente señalados en ese precepto: cuando se vulneran sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos; complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones que, para la consecución de fines políticos, practiquen el terrorismo, o que con su prédica contribuyan a multiplicar los efectos de la violencia, el miedo y la intimidación que el terrorismo genera, y apoyar la acción de organizaciones que practican el terrorismo y/o el narcotráfico.
7. Consecuentemente, la inhabilitación del ciudadano Alberto Fujimori Fujimori para ejercer toda función pública, no impide que pueda ejercer su derecho constitucional de libertad de expresión, sujeto a la regulación legal sobre la materia. En torno a ello, si bien es cierto que, conforme aparece de las publicaciones en el diario oficial “El Peruano”, se sigue contra el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori numerosos procesos penales por delitos de genocidio, desaparición de personas, corrupción de funcionarios y otros ilícitos, no existe aún [sic] sentencia en ninguno de ellos, por estar prófugo del país, razón por la cual es aplicable la presunción a que se refiere el inciso e) del numeral 24.º del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú. El artículo 41.º de la Ley N.º 28094, empero, permite a los partidos políticos el uso de los medios de comunicación de propiedad del Estado, en período no electoral, “(...) para la difusión de sus propuestas y planteamientos (...)”, de manera que cualquier contenido distinto debe ser diferido por los órganos competentes para su difusión en el período señalado por el artículo 37.º de la ley referida. En ese sentido, en ningún caso, los partidos políticos, ni sus integrantes, pueden usar los medios de comunicación social para realizar la apología de algún delito, sin incurrir los autores en el ilícito previsto en el artículo 316.º del Código Penal. El Ministerio Público, bajo la responsabilidad que la ley establece, debe, en tal supuesto, ejercer las atribuciones previstas en el artículo 159.º de la Constitución Política del Perú y en su Ley Orgánica.

8. En ese mismo orden de ideas, el Congreso de la República debe dictar una ley que impida a los partidos políticos el uso indebido de los espacios en radio y televisión de propiedad del Estado.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Exhorta al Congreso de la República a que dicte la ley, conforme a los fundamentos 4 y 8 *supra*.
3. Exhorta al Ministerio Público a que ejerza sus atribuciones, conforme al fundamento 7, *supra*.

Publíquese y comuníquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 3482-2005-PHC/TC  
LIMA  
LUIS AUGUSTO  
BRAIN DELGADO  
Y OTROS

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de junio del [sic] 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Augusto Brain Delgado contra la resolución emitida por la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel, de fojas 171, su fecha 11 de Febrero del [sic] 2005, que declara infundada, en todos sus extremos, la demanda de hábeas corpus de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 16 de noviembre de 2004, don Luis Augusto Brain Delgado interpone demanda de hábeas corpus a su favor, y en beneficio de su esposa, doña Julia Patricia Barrientos Alcántara, y de su menor hijo, Sebastián Brain Barrientos; y la dirige contra Ricardo Lublin Frydman y Mirtha Salazar Becerra, presidente y secretaria, respectivamente, de la Junta de Vecinos del Parque Malpica, sito en la calle N.º 1 de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco; así como contra los vigilantes particulares René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, solicitando que se disponga el retiro de las rejas que se han instalado en el referido parque y sus alrededores, donde se encuentra su domicilio, impidiendo el libre ingreso y tránsito vehicular y peatonal.

Manifiesta que si bien la citada Junta de Vecinos cuenta con autorización municipal para efectuar el enrejado de la calle N.º 1, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N.º 4821, del 20 de agosto de 1992, de acuerdo con la misma norma, las citadas rejas, cuyo propósito es el control vehicular y proteger la seguridad ciudadana, deben permanecer abiertas entre las 7:00 horas. y las 20:00 horas, lo que, en el presente caso, no se viene

cumpliendo. Refiere que desde el año 2000 reside en la calle 1, N.º 191, de la urbanización Monterrico Chico, fecha desde la cual empezó a aportar un monto de S/. 30.00 a la Junta de Vecinos, que el sistema de seguridad administra; pero que, a raíz de haber sido víctima de un robo en su vehículo y ante la indiferencia de la citada junta frente a sus reclamos, decidió dejar de aportar la cuota mensual, habiéndose producido desde entonces una actitud hostil hacia su persona por parte de los miembros de la junta y de los vigilantes, la misma que se ha manifestado en la retención indebida de su correspondencia o en no entregarla en su domicilio; en la obstaculización del paso de su vehículo y el de su familia y de vehículos de terceros que se dirigen hacia su domicilio (incluyendo una ambulancia que en determinado momento debió atender a su hijo); y, finalmente, en agresiones verbales hacia él y su esposa por parte de los vigilantes, quienes le han manifestado que, por no aportar sus cuotas, no tiene derecho alguno de reclamar. Reitera que las rejas permanecen cerradas todo el día y que cuando ingresan los que aportan a la Junta de Vecinos, el tránsito fluye sin ningún inconveniente, añadiendo que, al no permitirle ingresar diariamente, se ve obligado a bajar de su vehículo y abrir personalmente la reja, ya que los vigilantes aducen seguir órdenes expresas de la junta de impedirle el ingreso.

Practicadas las diligencias de ley se reciben las declaraciones de los demandantes (el recurrente y su esposa), quienes se ratifican en su dicho. Asimismo, se reciben las declaraciones de los demandados Daniel Lublin Frydman y Mirtha Margarita Salazar Becerra de Roca, en su condición de directivos de la Junta de Vecinos, quienes coinciden en señalar que la reja en cuestión permanece semiabierta, no existiendo restricciones o impedimentos contra el demandante para desplazarse con su vehículo. En todo caso, señalan, no se le brinda a este el servicio de seguridad y vigilancia porque no paga sus cuotas de mantenimiento; y ha presentado ante la Municipalidad una queja contra la Junta de Vecinos a fin de que retiren el enrejado. Finalmente, también se reciben las declaraciones de René Gonzales Romero y Aníbal Suárez Gómez, en su calidad de vigilantes, quienes señalan que, a raíz de que el demandante dejó de pagar sus cuotas, se procedió a recortarle los servicios de vigilancia, mas que en ningún momento se le ha restringido, ni a él, ni a sus familiares o sus trabajadores, el libre tránsito; tampoco se ha impedido que su correspondencia llegue a su domicilio. Agrega que anteriormente se recepcionaba dicha correspondencia por indicación del propio recurrente, pero, posteriormente, y a su solicitud, esta ya no se recepciona, permitiéndose el ingreso del mensajero en su domicilio.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 17 de diciembre de 2004, declara infundada la demanda en el extremo referido al retiro de rejas y fundada en el extremo referido al libre tránsito sin ningún tipo de restricciones. Tales consideraciones se sustentan en que no ha quedado

acreditado que las rejas instaladas impidan el tránsito peatonal, ya que estas se encuentran abiertas y, por otra parte, están debidamente autorizadas; y que, sin embargo, sí se ha demostrado que el demandante tiene que bajar de su vehículo para abrir por completo la reja debido a que el personal de vigilancia no le brinda ni a él ni a su familia dicho servicio.

La recurrida confirma la apelada en el extremo que declara infundada la demanda, y la revoca en el extremo que la declara fundada, entendiéndola como infundada, por considerar que las rejas no están cerradas ni el demandante impedido de abrirlas, sino que este tiene que tomarse la molestia de abrirlas, lo cual es consecuencia de la restricción del derecho de libertad permitido por la ley.

## **FUNDAMENTOS**

### **Petitorio**

1. La demanda tiene por objeto solicitar el retiro de las rejas ubicadas en la Calle N° 1 S/N de la urbanización Monterrico Chico, en el distrito de Santiago de Surco, y que se disponga el libre ingreso del vehículo del recurrente y su familia, sin ningún tipo de restricciones. Se alega que el sistema de control implementado por la Junta de Vecinos de dicho lugar atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito.

### **Cuestionamiento de sistemas de control de tránsito público y necesidad de establecer criterios generales**

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, y tomando en consideración que son diversas las ocasiones en que se han venido cuestionando mediante procesos de tutela de derechos sistemas de control implementados en vías o zonas de tránsito público, este Colegiado estima pertinente, independientemente del resultado al que finalmente arribe, exponer una serie de criterios que en lo sucesivo habrán de adoptarse para resolver controversias similares a la presente. Esta sentencia será precedente vinculante para este mismo Colegiado y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

### **Hábeas Corpus de naturaleza restringida**

3. En el caso de autos, se cuestionan directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse instalado en una vía de uso público un sistema de control mediante rejas y vigilancia particular. Se trata, por consiguiente, no

de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo reparador, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas; por lo tanto, estamos frente al denominado hábeas corpus de tipo restringido.

4. Conviene precisar que en los hábeas corpus del tipo señalado, aun cuando no esté de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. En estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta.

### **Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites a su ejercicio**

5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por [sic] mediante el hábeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12<sup>o</sup> y 13<sup>o</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22<sup>o</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal.
6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, por de pronto [sic], pueden ser de dos clases: explícitas o implícitas.
7. Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo

ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2º de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137º de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

8. El primer supuesto explícito implica que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar al cual quiere desplazarse y el modo para llevarlo a efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que lo dirige. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se torne restringido por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de Justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales.
9. El segundo supuesto, mucho más explicable, y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre, en el ámbito de los [sic] derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos

fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.

10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.
11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.
12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado.

## El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances

13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.
14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de derechos se asocia al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a lo cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en relación con la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.
15. Cabe precisar que cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo que, en determinadas circunstancias, y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución.

En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante.

### **Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal**

16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.), no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.
17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.); y como tales, se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales.
18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.
19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de

tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo [*sic*] se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede asumir toda clase de características.

20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar, en ocasiones anteriores, que la instalación de rejas como medidas de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho con la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado, o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 81 sobre “*Libertad De Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*”, emitido en el mes de enero del 2004, pp. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo [*sic*] una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior; la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”.

### **El caso planteado**

21. Como ya se ha precisado, el demandante cuestiona la colocación de rejas en la vía de acceso al lugar donde reside, debido a que, según afirma él y su familia, vienen siendo objeto de restricciones en su derecho de tránsito, a lo que se han añadido otras restricciones, como el no facilitarle el ingreso o salida normal, viéndose obligado a bajar de su automóvil y abrir él mismo las rejas; no recibir su correspondencia en su domicilio; y tener que soportar que terceros que lo visitan no puedan ingresar.
22. Merituados los argumentos de las partes así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta legítima sólo [*sic*] en parte, habida cuenta de que: **a)** la instalación de las rejas en la Calle N° 1 de la urbanización

Monterrico Chico no vulnera los derechos invocados, pues ello obedece a razones de seguridad vecinal, de conformidad con la Resolución de Alcaldía N.º 4821, emitida con fecha 20 de agosto de 1992, obrante a fojas 16 de los autos. Dicha resolución, cabe precisar, es de fecha anterior al momento en que el demandante empezó a residir en la citada urbanización, conforme se reconoce en el mismo texto de su demanda; **b)** no ha quedado acreditado en el caso de autos, según se desprende del Acta de Inspección Judicial y Constatación de fojas 97, que las rejas cuestionadas se encuentren cerradas; es decir, que exista impedimento de tránsito absoluto por el hecho de que no haya puertas en las referidas rejas o que, existiendo estas, se encuentren totalmente cerradas impidiendo el ingreso o salida de personas o vehículos; **c)** tampoco ha quedado acreditado que el demandante tenga restricciones actuales en la recepción de su correspondencia, pues aun cuando de las instrumentales de fojas 84 a 86 aparece que la correspondencia del demandante, en algún momento, era recepcionada por la vigilancia ubicada junto a la reja cuestionada, dicha situación se produjo muchos meses antes de promoverse la presente demanda (entre febrero y abril del 2004), debiendo estarse a la versión proporcionada por los vigilantes emplazados en sus declaraciones de fojas 75 a 75 vuelta y 93 a 93 vuelta, en el sentido de que el demandante optó *a posteriori* por solicitar a la vigilancia del lugar que sus comunicaciones le fueran directamente cursadas a su domicilio, hecho que evidentemente puede presumirse por no haberse presentado instrumentales que acrediten afectaciones recientes; **d)** no ha quedado acreditado, por último, que la familia del recurrente o terceros relacionados a él se hayan visto afectados en el derecho de tránsito, pues no existen instrumentales o diligencias que respalden lo señalado en la demanda. Tampoco, se ha probado que la esposa del recurrente haya sido víctima de maltratos o comportamientos análogos por parte del personal de vigilancia; **e)** en todo caso, donde sí existe una evidente controversia es con relación a la situación descrita por el recurrente en el sentido de que, a diario, debe bajarse de su vehículo para terminar de abrir las puertas de la reja, sin que la vigilancia lo apoye o le facilite el libre tránsito. Respecto de este extremo, aceptado por lo demás por la propia parte emplazada, conforme aparece de las declaraciones obrantes de fojas 91 a 92 vuelta, cabe precisar que, aunque el hecho de que la vigilancia no quiera brindarle al recurrente ningún tipo de servicio responde a su condición de renuente en el pago de las cuotas destinadas al mantenimiento del sistema de seguridad y la vigilancia que lo acompaña, ello no quiere decir que sea legítimo que las dificultades o contratiempos que entraña el sistema implementado tengan que cargarse a quien, por determinadas razones, no opta por mantener dicho sistema; **f)** quiérase o no, resulta evidente que,

al implementar el sistema de enrejado, se incorporan determinadas limitaciones al derecho de tránsito o locomoción. Precisamente para reducir al mínimo las molestias que se ocasionan con dicha limitación, el personal de seguridad, tomando en cuenta que las rejas se encuentran semiabiertas o juntas, participa abriéndolas en su totalidad, sobre todo en el supuesto de los que transitan con su vehículo. Sin embargo, si por el hecho de no estar al día en las cuotas como integrante de la Junta de Vecinos o no pertenecer a ella, todo conductor de un vehículo va a tener que bajarse a terminar de abrir las rejas sin que el personal de vigilancia se tome la elemental molestia de colaborar; el mencionado sistema termina convirtiéndose en un mecanismo de entorpecimiento antes que en un sistema mínimamente eficiente; **g)** este Colegiado considera que la versión proporcionada por los emplazados, según la cual no se restringe su libertad porque la reja se encuentra semiabierta, no es aceptable si existe, como en el presente caso, un elemento facilitador representado por el personal de seguridad. No es razonable ni equitativo que, si al resto de vecinos e incluso a quien llega desde afuera sin pertenecer a la vecindad, se le facilitan las condiciones de tránsito, al recurrente, por el contrario, se le entorpezcan las cosas y tenga que ser él mismo el que se baje de su vehículo para poder transitar. Los demandados confunden lo que es el servicio de vigilancia o seguridad, que ciertamente no se está pretendiendo imponer aquí con carácter gratuito, con lo que representa la obligación de facilitar el tránsito, dadas las características del sistema. Así como no podría pretenderse imponer a la Junta Vecinal que brinde gratuitamente los servicios de seguridad a quien no los sufraga, tampoco es razonable imponer molestias al vecino que debe transitar como lo hace cualquier ciudadano en una vía pública. Facilitar el tránsito, en otras palabras, no forma parte del sistema de vigilancia o seguridad, sino que es obligación correlativa impuesta como carga sobre quienes apelan a tal sistema. No entenderlo de eso modo significaría privar al recurrente de determinadas garantías a las que sí tiene derecho como cualquier ciudadano que transita por la vía pública.

23. Por consiguiente, habiéndose acreditado, en el presente caso, que existe una parcial restricción a la libertad de tránsito, la presente demanda deberá declararse fundada en el extremo que invoca el libre ingreso del vehículo del recurrente y de los miembros de su familia, sin obstáculos, lo que se traduce en que el personal encargado de la seguridad frente a las rejas no obstaculice el libre tránsito, por las vías respectivas, del demandante, sus familiares y terceros que acudan a ellos, conforme a los términos precedentes.

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

## HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA, EN PARTE**, la demanda en el extremo referido en el fundamento 23 *supra*.
2. Ordena que la Junta de Vecinos de la urbanización Monterrico Chico, del Distrito de Santiago de Surco, de la Provincia de Lima o quienes la representen, así como sus dependientes, cumplan con la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 349-2004-AA/TC  
CONO NORTE DE LIMA  
MARÍA ELENA  
COTRINA AGUILAR

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de julio de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña María Elena Cotrina Aguilar contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, de fojas 105, su fecha 27 de octubre de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2003, la recurrente interpone acción de amparo contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Los Olivos, solicitando que se suspenda la instalación de rejas metálicas en la intersección de la cuadra 74 del jirón Manco Cápac con la avenida Venus, en la urbanización El Trébol, 2.<sup>a</sup> etapa, distrito de Los Olivos, la cual se encuentra a 30 metros de su vivienda, por considerar que con tal proceder se vulneran sus derechos constitucionales al libre tránsito y a los transportes.

Manifiesta la recurrente que en la citada urbanización existe un grupo de personas que con el apoyo del burgomaestre demandado se encuentran avocadas a instalar rejas metálicas en la vía pública argumentando que se necesitan medidas de seguridad para hacer frente a los supuestos robos que ocurren en el vecindario; y que no obstante que el emplazado ha sido advertido de que el enrejado es ilegal, sigue permitiendo la invasión de la vía pública. Agrega que la situación descrita produjo un primer incidente el 23 de enero de 2003, cuando un grupo de vecinos dirigidos por los ciudadanos Elsa Verano, Grisela Juana Caro Rosales y Julio W. Bueno Tirado tomaron posesión de la intersección de la cuadra 74 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus a fin de instalar una reja de metal; que en tales circunstancias, y

ante su pedido telefónico, se apersonó la Unidad N.º 003 del Serenazgo de Los Olivos, junto con la arquitecta Aranda, jefa de la Oficina de Servicios Urbanos de la municipalidad demandada, la cual indicó mediante Oficio N.º 119-2003-MDLO/DSU-LC-TP, de fecha 5 de febrero de 2004, párrafo primero, que la pretendida instalación de rejas de metal era ilegal, pero en su párrafo segundo anunciaba que se emitiría una ordenanza municipal que legalizaría la instalación de rejas en la vía pública, con lo que se estaría por cometer un abuso de la autoridad municipal. Manifiesta también que ha recurrido a la autoridad municipal presentando quejas y solicitudes para denunciar el enrejado de la vía pública, y que no se han atendido sus reclamos. Añade que el alcalde demandado viene autorizando de forma verbal la instalación de rejas metálicas, ya que la municipalidad emplazada no cuenta con ordenanza que regule este hecho.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se la declare infundada alegando que no existe vulneración del derecho constitucional al libre tránsito, toda vez que la demandante no ha señalado la forma en que la municipalidad estaría apoyando o autorizando la colocación del citado enrejado, y que, por el contrario, la propia recurrente señala en su escrito de demanda que han sido los mismos funcionarios de dicha comuna quienes han requerido a los vecinos que colocaban las rejas para que desistan de su iniciativa, lo que, en efecto, se ha producido conforme se desprende del Oficio N.º 105-2003-MDLO/DSU-LC-TP, que oportunamente les fue cursado. Agrega que no existe ordenanza alguna que viole el derecho constitucional invocado; que el amparo no procede contra normas legales, salvo las de carácter autoaplicativo [*sic*], y que se encuentra acreditado con copia simple de la sentencia de hábeas corpus emitida por el Sexto Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte, con fecha 18 de febrero de 2003, que el enrejado que se habría colocado no vulnera derecho constitucional alguno.

El Tercer Juzgado Civil del Cono Norte de Lima, con fecha 21 de julio de 2003, declara fundada la demanda por considerar que la demandada, pese a haber recibido innumerables solicitudes para la colocación de dispositivos de seguridad en la vía pública y otros pedidos en contra de tal proceder, sigue permitiendo la instalación de rejas. Añade que la seguridad de los vecinos tampoco puede anteponerse al ejercicio del derecho fundamental invocado por la recurrente.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda argumentando la existencia de sustracción de materia justiciable, ya que sobre los mismos hechos demandados existe pronunciamiento en un proceso de hábeas corpus (Exp. N.º 02-03-HC) seguido por la demandante contra doña Elsa Rosa Verano Aranzales y otros, en el cual, si bien se emite resolución de fecha 18 de febrero del [*sic*] 2003, que declara infundada la demanda, posteriormente esta es revocada mediante resolución de fecha 13

de marzo de 2003, que, reformando la apelada, declara fundada la demanda de hábeas corpus.

## FUNDAMENTOS

### Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que la Municipalidad Distrital de Los Olivos suspenda la instalación de rejas metálicas por parte de particulares en la intersección de la cuadra 74 del jirón Manco Cápac con avenida Venus, de la urbanización El Trébol, 2.<sup>a</sup> etapa, distrito de Los Olivos, que se encuentra a 30 metros de la vivienda de la demandante. La actora alega que con ello se vulneran sus derechos constitucionales al libre tránsito y a los transportes, razón por la cual solicita que se disponga el retiro de los cercos instalados en la zona señalada así como de aquellos otros que también han sido colocados en otras intersecciones cercanas, tales como las ubicadas en: a) la cuadra 71 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus; b) la cuadra 71 del Jr. Manco Cápac con la Av. Angélica Gamarra; c) el Jr. Mayta Cápac con Av. Venus; d) el Jr. Atahualpa con Av. El Trébol (frente al Colegio Alfredo Rebaza); e) el Jr. Huiracocha con Av. El Trébol (también frente al Colegio Alfredo Rebaza); f) el Jr. Condorcanqui con las cuadras 3 y 4 de la Av. Angélica Gamarra; g) la Calle Apolo XI, entre Jr. Manco Cápac y Jr. Newton; y h) el Jr. Saturno, entre Jr. Manco Cápac y Jr. Newton (Panadería Sambor's).

### La protección procesal constitucional de la libertad de tránsito y el proceso de amparo

2. Aun cuando la demanda trata de un asunto vinculado con la libertad de tránsito y, en tal sentido, sería pertinente la vía procesal del hábeas corpus antes que la vía procesal del amparo, este Colegiado considera innecesario declarar la existencia de un vicio de procedimiento y disponer una correlativa nulidad de los actuados, pues el resultado del proceso, a tenor de lo que aparece de los autos, no va a variar por una eventual modificación de la vía procesal utilizada. Por otra parte, dada la importancia que exige la atención de causas como la presente y la trascendencia que impone la definición de las materias como la que la libertad de tránsito presupone, se hace imperioso un pronunciamiento inmediato sobre el fondo de la controversia.

### La supuesta sustracción de materia justiciable y la necesidad de encauzar el petitorio como un reclamo por omisión inconstitucional

3. Conviene dejar establecido que, aunque en el presente caso, se ha alegado la sustracción de materia justiciable por el hecho de que existe

una sentencia judicial estimatoria, derivada de un proceso de hábeas corpus interpuesto por la misma recurrente contra los particulares que instalaron el sistema de rejas que se cuestiona mediante el presente proceso constitucional (Exp. N.º 2003-373), este Colegiado considera que tal argumento no es estrictamente correcto. Tal aseveración se sustenta en lo siguiente: **a)** el proceso de hábeas corpus que efectivamente conoció el Poder Judicial y cuyas resoluciones obran de fojas 25 a 31 y de fojas 43 a 44 vuelta de los presentes actuados, no fue planteado contra la Municipalidad Distrital de Los Olivos, sino contra los particulares que instalaron el sistema de rejas cuestionado. Este Tribunal, por consiguiente, no va a evaluar, en este caso, el comportamiento de dichos particulares, que, por lo demás, ya fue definido en su día por el Poder Judicial, sino el de la municipalidad demandada; **b)** independientemente de que resulte, cierto, o no, lo que afirma la recurrente respecto de que la citada comuna es corresponsable en la instalación referida (asunto que todavía se analizará más adelante), es un hecho que, por las características de lo que se reclama en el contenido de la demanda, esta parece sustentarse en el cuestionamiento de determinadas conductas omisivas que afectarían sus derechos, lo que evidentemente impone meritarse en forma adecuada y no eludirse facilistamente, como aparentemente ha ocurrido en las instancias judiciales que, con anterioridad, han conocido del presente proceso de amparo.

#### **Cuestionamiento de sistemas de control de tránsito público y necesidad de establecer criterios generales**

4. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, y tomando en consideración que son diversas las ocasiones en que se han venido cuestionando, mediante procesos de tutela de derechos, sistemas de control implementados sobre vías o zonas de tránsito público, este Colegiado estima pertinente, independientemente del resultado al que finalmente arribe, exponer una serie de consideraciones que, en lo sucesivo, habrán de tenerse en cuenta para resolver controversias similares a la presente. La síntesis de lo que aquí se deje establecido, será, en buena cuenta, precedente vinculante para este mismo Tribunal y para los restantes órganos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispositivo aplicable al presente proceso a tenor de su disposición final segunda y en tanto no comporta una interpretación restrictiva de derechos procesales.

## Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción y la existencia de límites o restricciones a su ejercicio

5. La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela procesal constitucional, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12º y 13º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 22º de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal perteneciente a cada individuo.
6. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con alcances bastante amplios, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución Política, y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, se encuentra sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones, en términos generales, pueden ser de dos clases: explícitas e implícitas.
7. Las restricciones explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2º de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137º de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).
8. El primer supuesto explícito supone que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo la existencia de un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar a donde quiere desplazarse y los mecanismos de los que se vale a tal efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que dirige tal proceso. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se

encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no pueda verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias, no es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que la administración de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro los diversos objetivos constitucionales.

9. El segundo supuesto, mucho más explicable y en parte advertido desde la propia idea que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que aquel que, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado del mismo bajo las consideraciones jurídicas que impone la ley de extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, suele hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de poder viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.
10. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal supuesto, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de la misma persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiese detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, queda claro que la restricción al derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

11. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que resulta posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, cabe naturalmente precisar que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para lo cual ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.
12. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no por ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones opera precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, sea posible limitar el derecho aquí comentado.

### **El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances**

13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que, para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de los derechos se asome al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a la cual, se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales para la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.
15. Cabe precisar que, cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante.

### **Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal**

16. Exceptuados los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas, puede ser considerado una vía de tránsito público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.) no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, presumiéndose que su pertenencia le corresponde a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.

17. Las vías de tránsito público, por otra parte, sirven no solo para permitir el desplazamiento de las personas, sino para facilitar otros ámbitos de su autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.). Como tales se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción [sic] plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales.
18. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden, sin embargo, y en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.
19. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana, se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de la cual se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan, opten por colocar rejas o instalar mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que solo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responden a las mismas justificaciones y si pueden asumir toda clase de características.
20. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar en ocasiones anteriores que el establecimiento de rejas como medidas de seguridad vecinal no es *per se* inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o, simplemente, lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 81

sobre “*Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*”, emitido en el mes de enero del [sic] 2004, p. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectaría el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo [sic] una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”.

## El caso planteado

21. Como ya se ha precisado, lo que la demandante cuestiona en el presente caso es la instalación de rejas principalmente en la intersección de las calles que dan acceso a su vivienda (cuadra 74 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus), así como la instalación de rejas en una serie de intersecciones cercanas al lugar donde reside, por considerar que tal sistema de seguridad resulta violatorio de su libertad de tránsito. Aunque reconoce que quienes directamente han colocado dichas rejas son un grupo de particulares (vecinos del lugar en realidad), objeta el proceder de la Municipalidad Distrital de Los Olivos argumentando que, con la pasividad con la que se viene encarando el problema suscitado, se pretende convalidar las transgresiones de las que viene siendo objeto.
22. Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta legítima, pero solo en parte, habida cuenta de que **a)** está demostrado, conforme aparece de las instrumentales de fojas 2, 32 y 33 de los autos, que la instalación de rejas en todas y cada una de las intersecciones de las vías que dan acceso al domicilio de la recurrente fue realizada de manera absolutamente unilateral y sin contar con el permiso municipal correspondiente, incluso sin justificar las razones objetivas en la implementación de tal sistema de seguridad; **b)** aunque no es inconstitucional el que los vecinos de un determinado lugar opten por un determinado sistema de enrejado o vigilancia destinado a preservar la seguridad de quienes residen en determinado lugar, no puede tomarse dicha decisión sin el conocimiento de todos los involucrados ni mucho menos de espaldas a la autoridad municipal, lo que, en todo caso, es la que debe autorizar, previa evaluación del caso, la implementación del sistema solicitado. En dicho contexto, es irrelevante, en el presente caso, que las rejas

puedan encontrarse abiertas, semiabiertas o simplemente cerradas, pues lo esencial es que han sido instaladas sin ningún tipo de permiso o autorización, contraviniendo el carácter público de toda vía de tránsito o desplazamiento a la par que imponiendo los derechos de un grupo de ciudadanos por encima de los correspondientes a otros; **c)** si bien la demandante alega que la corporación edil demandada viene actuando en complicidad con los vecinos que implementaron el sistema cuestionado, dicha afirmación no es rigurosamente cierta. La Municipalidad Distrital de Los Olivos, en todo momento, ha reconocido el carácter ilegal de las rejas instaladas. Prueba de ello lo constituyen los Oficios N.ºs 118-2003-MDLO/DSU-LC-TP y 119-2003-MDLO/DSU-LC-TP, emitidos con fecha 5 de febrero del [sic] 2003, por la Jefatura de la División de Servicios Urbanos de dicha comuna, en los que se deja claramente establecida la inexistencia de autorización alguna en favor de los vecinos del lugar; **d)** aunque es un hecho que la autoridad edil no tiene la responsabilidad de coparticipación que alega la recurrente en la instalación de las rejas, no deja de ser cierto, y en ello sí debe puntualizar este Colegiado, que su actitud resulta excesivamente pasiva, pues si, como se señala en sus mismos oficios, el sistema de seguridad implementado es absolutamente ilegal y ni siquiera existe documento alguno mediante el cual se solicite la instalación del mismo, es inconcebible que la comuna demandada se limite a una simple exhortación de buena voluntad, como la que aparece en la última parte de sus comunicaciones a fin de que sean los mismos vecinos los que *motu proprio* se encarguen de arreglar sus propios problemas. Tal renuncia al principio de autoridad constituye un despropósito que, efectivamente, puede considerarse lesivo del derecho de la recurrente, si se parte del supuesto que implica ignorar los reclamos en torno de su libertad de tránsito y la evaluación que impostergablemente debería hacerse frente al sistema implementado. En dicho contexto, no es justificación la carencia de normativa sobre el tema en el distrito de Los Olivos, pues dentro de sus funciones y para la fecha en que se planteó el presente problema, bien pudo optarse por una normativa especial vía ordenanza; **e)** este Tribunal, ciertamente, no pretende, con la presente sentencia, que la municipalidad demandada adopte comportamientos verticales o autoritarios frente al problema descrito, pero sí que asuma las obligaciones que le imponen sus propias normas, tanto más cuanto que de las mismas depende la eficacia y respeto de los derechos constitucionales pertenecientes a los vecinos. Su actuación, en tal sentido, y por lo que aparece de los actuados, constituye una omisión inconstitucional intolerable que debe ser corregida inmediatamente. En dicho contexto, sus obligaciones son evaluar el sistema de seguridad implementado, manteniéndolo solo en el supuesto de que cumpla los requisitos, hoy en día establecidos para toda la Provincia [sic] de Lima mediante la Ordenanza N.º 690

o, en su defecto, proceder a retirarlo indefectiblemente, en el caso de que no se ajuste a lo establecido por dicha normativa y, sobre todo, a lo expresamente reconocido por la Constitución.

23. Por consiguiente, habiéndose acreditado que, en el presente caso, existe una notoria omisión por parte de la municipalidad demandada que incide en los derechos invocados por la recurrente, aunque no un comportamiento de coparticipación con quienes instalaron el sistema de seguridad cuestionado, la presente demanda deberá estimarse en forma parcial, dentro de los terminos [sic] establecidos por la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica:

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA, EN PARTE**, la demanda.
2. Ordena que la Municipalidad Distrital de Los Olivos proceda, de conformidad con la Ordenanza N.º 690, a la evaluación inmediata del sistema de seguridad implementado en la intersección de la cuadra 74 del jirón Manco Cápac con avenida Venus, de la urbanización El Trébol, 2.ª etapa, distrito de Los Olivos, así como de las intersecciones aledañas ubicadas en: a) la cuadra 71 del Jr. Manco Cápac con Av. Venus; b) la cuadra 71 del Jr. Manco Cápac con la Av. Angélica Gamarra; c) el Jr. Mayta Cápac con Av. Venus; d) el Jr. Atahualpa con Av. El Trébol (frente al Colegio Alfredo Rebaza); e) el Jr. Huiracocha con Av. El Trébol (también frente al Colegio Alfredo Rebaza); f) el Jr. Condorcanqui con las cuadras 3 y 4 de la Av. Angélica Gamarra; g) la Calle [sic] Apolo XI, entre Jr. Manco Cápac y Jr. Newton, y h) el Jr. Saturno, entre Jr. Manco Cápac y Jr. Newton (Panadería Sambor's).
3. Ordena que se proceda al retiro inmediato del sistema de seguridad anteriormente descrito, solo en el caso de que no se cumpla lo establecido por la Ordenanza N.º 690 y la Constitución Política del Perú.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**

EXP. N° 3361-2004-AA/TC  
LIMA  
JAIME AMADO  
ÁLVAREZ GUILLÉN

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Ica, a los 12 días del mes de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional, e [sic] sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Jaime Amado Álvarez Guillén contra la Resolución de la Cuarta Sala Superior Mixta de la Corte Superior de Justicia de Chincha, de fojas 235, su fecha 29 de marzo de 2004, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### a. Demanda

Con fecha 21 de agosto de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), en las personas de los consejeros señores Ricardo La Hoz Lora, Jorge Angulo Iberico, Teófilo Idrogo Delgado, Daniel Caballero Cisneros, Fermín Chunga Chávez, Luis Flores Paredes y Jorge Lozada Stambury, con notificación a la Procuraduría [sic] General de los asuntos del Ministerio de Justicia y del CNM, solicitando que se deje sin efecto y sin valor legal el acuerdo del Pleno del CNM expresado en la Resolución N.º 381-2002-CNM, de fecha 17 de julio de 2002, publicado el 19 de julio, que decide no ratificarlo en el cargo de vocal superior; deja sin efecto su nombramiento y dispone la cancelación de su título; y, en consecuencia, que se disponga su inmediata reposición con el pago de los haberes dejados de percibir por el tiempo que dure su incorporación, más los intereses legales que se generen. Alega que el motivo de su no ratificación se sustenta en sus votos singulares como Presidente de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

Sostiene, asimismo, que la resolución o el acto que decide su no-ratificación no cuenta con motivación alguna, fundamentación que no está proscrita en la Constitución ni en el Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación, aprobado mediante la Resolución N.º 241-2002-CNM, del 13 de abril, vigente en el momento de los hechos; por el contrario, el artículo 139º, inciso 5) de la Constitución, prescribe que todas las resoluciones judiciales deben tener motivación escrita. Añade que se ha vulnerado su derecho a la defensa y el principio de la inamovilidad de los jueces; y que una correcta interpretación del artículo 142º de la Constitución, respecto a la irrevisabilidad de las resoluciones del CNM, no invalida la interposición de acciones de garantía.

#### **b. Contestación de la demanda por parte de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del CNM y del Ministerio de Justicia**

Con fecha 16 de setiembre de 2002, la Procuraduría demandada solicita que la demanda interpuesta sea declarada improcedente o infundada, alegando que el procedimiento de ratificación fue realizado de manera regular; que la resolución del CNM es irrevisable según la propia Constitución; y que en la no ratificación del magistrado no ha existido afectación alguna del derecho a la defensa o a las garantías del debido proceso.

#### **c. Resolución de primera instancia**

Con fecha 25 de marzo de 2003, el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima (fojas 121) declara infundada la demanda, por los siguientes motivos:

- i. Que, tomando en cuenta el debido proceso material, sí puede ser materia de un amparo la resolución de ratificación o no ratificación de un magistrado establecida en el artículo 142.º de la Constitución, en caso de no haberse realizado dentro del marco constitucional de la función del CNM.
- ii. Que no se vulnera el derecho constitucional a la permanencia en el cargo por el hecho de someter al demandante a un procedimiento de ratificación, figura claramente establecida en la Constitución.
- iii. Que, respecto al derecho a la defensa y a la motivación, pese a que en el caso concreto no existe fundamentación en la no ratificación [*sic*], su exigencia no puede ser tomada en el mismo sentido que una destitución, pues ambas son de distinto carácter.

#### **d. Resolución de segunda instancia**

Con fecha 10 de mayo de 2004, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima resuelve confirmar la sentencia del *a quo* por los siguientes motivos:

- i. Que el derecho al servicio judicial con permanencia tiene límites constitucionales. Uno de ellos es de carácter temporal, debido a que el derecho de permanecer en el servicio es por siete años, cumplidos los cuales se requiere una ratificación por parte del CNM, tal como ha sucedido en el presente caso.
- ii. Que no se ha vulnerado el derecho a la defensa, por no ser la ratificación un acto de control disciplinario ante una falta cometida por el magistrado, sino un voto de confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo, por lo que no puede estar sujeto a las reglas de examen de faltas cometidas.
- iii. Que en el procedimiento de ratificación tampoco se requiere fundamentación, pues esta ha sido excluida ex profeso por los constituyentes, estando, por tanto, la no motivación constitucionalizada.

La Sala, para llegar a esta conclusión, asume los criterios vertidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, que es de observancia obligatoria.

### III. DATOS GENERALES

#### ➤ **Violación constitucional invocada**

Este proceso constitucional de amparo fue presentado por don Jaime Amado Álvarez Guillén y la dirige contra el CNM y los consejeros Ricardo La Hoz Lora, Jorge Angulo Iberico, Teófilo Idrogo Delgado, Daniel Caballero Cisneros, Fermín Chunga Chávez, Luis Flores Paredes y Jorge Lozada Stambury.

El acto lesivo denunciado es la Resolución N.º 381-2002-CNM, Acuerdo del Pleno del CNM, por la cual se decide no ratificar al demandante en el cargo de vocal superior, dejando sin efecto su nombramiento y disponiendo la cancelación de su título.

#### ➤ **Petitorio constitucional**

El demandante alega la afectación de sus derechos constitucionales al debido proceso (artículo 139.º, inciso 3), en lo referido a la motivación de las resoluciones (artículo 139.º, inciso 5), de defensa (artículo 139.º, inciso 14) y a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 139.º, inciso 2), así como el principio de la inamovilidad de los jueces (artículo 146.º, inciso 2).

Por la comisión de esta vulneración, solicita lo siguiente:

- Que se deje sin efecto y sin valor legal la Resolución N.º 381-2002-CNM.
- Que se disponga su inmediata reposición en el cargo.
- Que se ordene el pago de los haberes dejados de percibir por el tiempo que dure su incorporación, con los intereses legales que generen.

➤ **Materias constitucionalmente relevantes**

Varias son las cuestiones que debe dilucidar este Colegiado en el presente caso, muchas de las cuales pasan por un reexamen de su propia jurisprudencia sobre el tema de las ratificaciones de los magistrados; esto debido, entre otras cuestiones, a la vigencia de un nuevo Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado por la Resolución N.º 1019-2005-CNM, y a la posibilidad –esta vez expresa– prevista en el artículo 5.º, inciso 7), del Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237 (CPC), que permite impugnar, mediante el proceso de amparo, una decisión del CNM cuando ha sido emitida sin una debida motivación o sin una previa audiencia del magistrado no ratificado.

#### IV. FUNDAMENTOS

##### A. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de ingresar a los temas de fondo, conviene analizar brevemente el contexto en que tiene lugar este pronunciamiento, así como las respuestas que este Colegiado ha venido dando sobre el tema de las ratificaciones judiciales por parte del CNM. Ello es así porque el Tribunal, luego de analizar detenidamente los cambios legislativos producidos a la fecha con relación a las ratificaciones judiciales, el debate suscitado en torno al tema por parte de los distintos actores sociales y el desarrollo de su propia jurisprudencia y sus efectos en la actuación del CNM, considera que ha llegado el momento de hacer evolucionar la jurisprudencia constitucional en torno al tema, a efectos de lograr una mayor protección y desarrollo de los derechos constitucionales involucrados, y de armonizar estos cambios legislativos con nuestra jurisprudencia.

##### §1. Necesidad de un cambio jurisprudencial

2. Desde el 1 de diciembre de 2004 se encuentra vigente el CPC, el cual, en su artículo 5.º, inciso 7), señala que:

“No proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales,

siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado”.

De este modo puede deducirse, *contrario sensu*, que sí proceden los procesos constitucionales respecto de resoluciones definitivas del CNM, cuando estas sean inmotivadas y/o cuando hayan sido emitidas sin audiencia del interesado.

En esta misma dirección, el CNM ha realizado, recientemente, una adecuación de su Reglamento de Evaluación y Ratificaciones a disposición del CPC y ha emitido, con fecha 1 de julio de 2005, la Resolución N.º 1019-2005-CNM.

En dicho reglamento se reconoce la obligación de motivar expresamente las decisiones que emite el Pleno respecto de las ratificaciones o no de los magistrados en sus puestos de carrera (artículo 28º), además de establecer una serie de parámetros y criterios que durante tal proceso. Así, entre otros temas, resulta relevante lo que dispone el artículo 20.º del referido reglamento, que establece que es materia de calificación en el proceso de evaluación y ratificación de los magistrados, tanto la documentación presentada por el magistrado, como la obtenida por el Consejo, tomándose en cuenta el rendimiento en la calidad de las resoluciones y de las publicaciones, sobre la base de la comprensión que se realice del problema jurídico y la claridad de la exposición, la solidez de la argumentación y el adecuado análisis de los medios probatorios utilizados.

3. Tal como se observará *infra*, en reiterada línea jurisprudencial este Colegiado, respecto de la ratificación de jueces y fiscales, ha precisado que las resoluciones de ratificación del CNM constituyen un dictamen sobre la confianza, o no, al ejercicio funcional de un juez o fiscal sometido a evaluación.

Es por ello que se ha venido sosteniendo, como parte del fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, caso Luis Felipe Almenara Bryson, que:

(...) la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo (...). Dicha expresión de voto es consecuencia de una apreciación personal de conciencia, objetivada por la suma de votos favorables o desfavorables que emitan los consejeros con reserva.

En concreto, respecto de la motivación de las decisiones del CNM en el proceso de ratificación de magistrados, en sentido coherente con lo ya

descrito, este Colegiado sostuvo en el fundamento 20 de la sentencia ya aludida que la decisión no requería ser motivada, a diferencia de lo previsto para la destitución.

Es importante hacer notar, además, que en la sentencia emitida en el Expediente N.º 2409-2002-AA/TC, caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos, este Colegiado ya ha expresado su posición respecto del control de la actuación del CNM, al establecer que esta institución, como órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, por estar sometido a la Constitución, y sus resoluciones no pueden contravenir, en forma alguna, su contenido.

De este modo, se estableció que cuando tal actuación no se enmarca dentro de estos presupuestos, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional confiado a este Tribunal.

## §2. Aplicación de la técnica del *prospective overruling* en el presente caso

4. Vistas las consideraciones anteriores, es palmaria la necesidad de reformar la jurisprudencia de este Colegiado sobre la materia, a efectos de hacerla compatible con el nuevo marco normativo que regula las ratificaciones y, al mismo tiempo, de optimizar el desarrollo y defensa de los derechos constitucionales involucrados en esta materia.

La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del *civil law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del *common law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.

5. De este modo, aun en los sistemas donde el precedente es la fuente principal de organización de su sistema jurídico, se han previsto mecanismos no sólo [*sic*] para ‘evadir’ sus efectos mediante la técnica del *distinguishing* en el caso de los tribunales inferiores; sino incluso para ‘cambiarlo’ por un nuevo precedente, en el caso del propio Tribunal que lo ha establecido con efecto vinculante.

Con relación al *overruling*, dentro del sistema del *common law* norteamericano (Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172), se ha sostenido lo siguiente:

Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *Overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, “cualquier salida de la doctrina de *stare decisis* demanda una especial justificación”.

En este sentido, la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su ‘núcleo normativo’ aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva [*sic*]) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando un juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas.

El cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales Constitucionales de los sistemas del *civil law*.

6. La técnica del *prospective overruling* ha sido ya asumida en un caso anterior resuelto por este Colegiado. En la sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, caso Juan Carlos Calleghari Herazo, se decidió cambiar la jurisprudencia con relación al tema de los pases al retiro de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, pues se realizó una nueva interpretación de las prerrogativas conferidas al Presidente de la República, contenidas en el artículo 167º de la Constitución. En dicha oportunidad se sostuvo además, de modo expreso que:

(...) dicho cambio sólo [*sic*] deberá operar luego de que los órganos involucrados con las referidas acciones de personal puedan conocer los alcances del mismo y adopten las medidas que fueren necesarias para su cabal cumplimiento, sin que, además, se afecte lo institucionalmente decidido conforme a la jurisprudencia preexistente.

7. Este Tribunal, consciente de la necesidad imprescindible del cambio que debe efectuarse a la jurisprudencia anterior con relación a los procesos de evaluación y ratificación de magistrados llamados [*sic*] a cabo por el CNM, considera que, en el presente caso, la técnica del *prospective overruling* es la que debe ser adoptada. En consecuencia, debe anunciar que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esta sentencia, los criterios asumidos en este caso deberán respetarse como precedente vinculante conforme al artículo VII del Título Preliminar del CPC, tanto a nivel judicial como también por el propio CNM. Es decir, en los futuros procedimientos de evaluación y ratificación, el CNM debe utilizar las nuevas reglas que se desarrollarán en la presente sentencia.

8. En ese orden de ideas, los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*. En dichos casos los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154.º inciso 2) de la Constitución.

Hechas estas precisiones preliminares, es momento de ingresar al análisis de las cuestiones planteadas en el caso de autos.

## **A.\* EL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN DE MAGISTRADOS**

### **§1. Ratificación, independencia e inamovilidad de magistrados**

9. Las Constituciones consienten y disponen la eficacia y capacidad de las diversas instituciones constitucionalmente reconocidas para actuar con total independencia entre unas y otras. Por tal fundamento, el rol que desempeña el CNM debe encontrar una frontera palpable y palmaria en la actividad que cumplen el Poder Judicial (PJ) y el Ministerio Público (MP).

La situación objetiva es que la ratificación de jueces y fiscales que realiza el CNM –en la que se evalúa el rendimiento jurisdiccional, la capacitación y la conducta funcional de cada magistrado–, constitucionalmente admitida y desarrollada por su ley orgánica, debe encontrar su límite en los atributos de otras instituciones. En consecuencia, se torna necesario una lectura de las prerrogativas constitucionales del CNM a la luz de los fines que tienen las funciones que le han sido encomendadas. El resultado debe ser una fórmula ponderada que permita que sus facultades, aparentemente discrecionales, logren articularse con mecanismos de control de su accionar que no desnaturalicen la esencia de la institución; esto es, que garanticen, como bien preponderante, la independencia de la judicatura.

10. Según la doctrina constitucional, el concepto de independencia se ha caracterizado por ser uno referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción jurídica de los factores o elementos a los que el juez, en el ejercicio de la función judicial, no puede someterse, tiene por objeto lograr que su actuación sea imparcial y con plena sujeción a

---

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional se lee el literal: "A"; debiendo decir: "B".

la ley. Por su lado, la jurisprudencia constitucional contempla que la independencia judicial no aparece ni puede ser definida claramente por la Constitución, por integrar un complejo estatuto jurídico del personal jurisdiccional y un conjunto de garantías del juez frente a las partes, la sociedad, el autogobierno y los demás poderes del Estado.

Ante tal dificultad, se puede afirmar que sus fundamentos son los mismos que legitiman la jurisdicción: verdad y libertad; razón por la cual ella debe estar asegurada tanto para la magistratura, como organización desligada de condicionamientos externos, como para el magistrado en calidad de individuo frente a las jerarquías internas de la propia organización, representando un contenido de soberanía. Es por ello que se ha llegado a señalar que la soberanía se sustenta en la importancia constitucional del propio PJ, especialmente de la Corte Suprema, así como del MP. Esta cuestión, por tanto:

(...) no se trata de un hecho, de algo que concurra o no, sino de la cualificación de un hecho: dado el hecho del ordenamiento eficaz, se trata de determinar si lo consideramos soberano o no, y para ello no examinaremos hechos, sino relaciones jurídicas entre ordenamientos (...)<sup>69</sup>.

Por esta independencia debe entenderse, entonces, la ausencia de mecanismos de interferencia, tanto internos como externos, en el ejercicio de la función jurisdiccional. En el primer caso se hace alusión a la organización jerarquizada de la judicatura, impidiendo que dicha estructura permita que algún magistrado de los niveles superiores pretenda influenciar o ponga en peligro la imparcialidad de los jueces de los niveles inferiores. La independencia externa, en cambio, supone una garantía política que si bien alcanza al juez como funcionario individual, tiene mayores implicancias en cuanto a la corporación judicial, entendida como PJ.

En este sentido, por un lado se expresa como independencia frente a las partes del proceso y a los intereses de las mismas; y, por otro, como independencia respecto de los otros poderes constitucionales. En este caso se trata de:

(...) reforzar la imagen de imparcialidad sustrayendo la judicatura al juego de las mayorías y minorías políticas y de los intereses agregados que estas representan (...)<sup>70</sup>.

69 De Otto y Pardo, Ignacio. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Oviedo, 1980. pp. 210 y 211.

70 Rebuffa, Giorgio. *La funzione giudiziaria*. Torino, 1993, 3ª ed. pp. 85 y 86.

A partir de estas consideraciones, es la independencia en su dimensión externa la que se vería seriamente comprometida si es que el CNM, en los procesos de ratificación, actúa sin ningún mecanismo que haga razonable sus decisiones, sobre todo cuando estas decisiones están referidas al apartamiento del cargo de un magistrado. Esto ocurre, desde luego, con la misma incidencia, no sólo [sic] para el caso del PJ, sino también en el caso de los miembros del MP, a quienes el artículo 158.º de la Constitución igualmente les garantiza autonomía e independencia.

11. La independencia judicial fue adquirida en el moderno Estado de Derecho y disfruta de un origen en clave liberal, como componente lógico del principio de separación y ponderación entre las instituciones constitucionales. Este tema ha sido materia de interés por parte de este Colegiado, y recientemente ha señalado en el fundamento 35.º de la Sentencia del Expediente N.º 0023-2003-AI, a propósito de un proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra diversas normas de la Ley Orgánica de Justicia Militar, relacionando independencia con inamovilidad, que:

(...) la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo [sic] determina el *status* jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que, importa tomar en cuenta dos aspectos: a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial. b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro. Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo (...).

Siendo requisito indispensable en el ejercicio de la función judicial, en el plano fáctico la independencia se constituye como una prerrogativa del juez y un derecho de los ciudadanos, y aparece en el momento de aplicar la ley al caso concreto, pues en el lapso en que ejerce la función jurisdiccional el juez no recibirá ni deberá obedecer órdenes o lineamientos ni tampoco proponerse agradar a alguna persona o entidad, como podría ser el propio CNM.

En fin, la independencia judicial se presenta como una exigencia política del Estado constitucional, componente esencial de la noción

- de Estado de Derecho y principio estructural. En tal sentido, y también por ser considerada una garantía, se exhibe como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del valor del ordenamiento en su conjunto y, por tal virtud, aparece como un precepto instrumental según el cual los jueces no están sujetos en el ejercicio de su cargo a órdenes o instrucciones, ni tampoco pendientes de si sus sentencias agradan o no desde que le está encomendada la función de tutela de la normatividad del Estado, que está sometida al sistema jurídico.
12. Presentada la independencia de esta manera, se recalca que sólo [sic] puede prescindirse de este impedimento de separación –o no ratificación– si existiese una causa justa para ello. Sin embargo, surge la cuestión de si la ratificación puede terminar siendo un procedimiento contrario a una causa justa para la inamovilidad de los jueces, prevista en el artículo 146.º, inciso 3), de la Constitución, que señala que el Estado garantiza a los magistrados judiciales la permanencia en el servicio siempre que observen conducta e idoneidad propias de su función.

Por ello, la imposibilidad de la separación inmotivada de la carrera judicial aparece como uno de los aspectos primordiales y cardinales de la inamovilidad de los jueces, y ésta [sic] como una consecuencia lógica de la independencia judicial. En ese sentido, la inamovilidad debería, en principio, tener carácter absoluto, en virtud de que no se refiere sólo [sic] a la carrera y a la categoría, sino que incluye el concreto puesto de trabajo, además de que no tiene duración temporal, siendo permanente hasta la jubilación forzosa por edad<sup>71</sup>. Sin estabilidad en la función, el juez no tendría seguridad para ejercer su cometido de modo imparcial, pues inamovilidad significa que nombrado o designado un juez o magistrado conforme a su estatuto legal, y de acuerdo a la estabilidad laboral absoluta obtenida gracias a su nombramiento, no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables, tasadas o limitadas, y previamente determinadas. Por tanto, a través de esta estabilidad<sup>72</sup> se garantiza su permanencia en el servicio judicial mientras observe la conducta e idoneidad propias de su función.

- 
- 71 Montero Aroca, Juan. *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid: Civitas, 1990. p. 169. Sobre el tema, también Bergalli, Roberto. *Estado democrático y cuestión judicial*. Ob. cit., p. 56; y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 22 de Junio de 1989, Caso Langborger.
- 72 Según normas administrativas aplicables al régimen de la magistratura: artículos 24º, acápite b de la Ley de Bases para la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo N.º 276; y, 34º del Reglamento de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo N.º 005-90-PCM.

13. Como se ha podido advertir, tanto la independencia como la inamovilidad tienen un mismo fin: la independencia judicial. Sin embargo, las formas como se presentan en la realidad son diametralmente opuestas, tanto así que la inamovilidad aparece claramente como un límite constitucional a la independencia. Por tanto, no es correcto afirmar que la inamovilidad afecta la independencia; simplemente es un límite. La correspondencia entre ambos puede encontrarse claramente al entenderlos en el sentido de derecho-regla en la teoría argumentativa. Es decir, como una relación que se supera únicamente a través de restricciones y excepciones<sup>73</sup>.

No obstante, esta separación de funciones entre estas instituciones constitucionales no puede quedarse en lo que la visión hermenéutica nos presenta, sino que debe llegar al uso de los principios interpretativos institucionalistas, al exteriorizarse como una orientación interpretativa que reivindica el carácter vinculante de la norma con la realidad constitucional, obligándose el intérprete a hacer su trabajo a partir de la situación concreta y encaminarla hacia la norma constitucional, y no ir en sentido inverso.

14. El Tribunal Constitucional ha expresado en el fundamento 10 de la Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC que la inamovilidad judicial tiene dos límites constitucionales precisos: uno interno, que se traduce en el derecho de permanecer en el servicio entre tanto se observe conducta e idoneidad propias o acordes con la investidura de la función que se ejerce; y otro externo, de carácter temporal, puesto que el derecho de permanecer en el servicio no es cronológicamente infinito o hasta determinada edad, sino que está prefijado en el tiempo; esto es, por siete años.

En el Estado social y democrático de derecho, la independencia judicial no es sólo [*sic*] un principio de organización política, sino una garantía fundamental sobre la que se asienta el servicio público de justicia con imparcialidad. Por ello, para que las separaciones, ya sea a través de procedimientos de sanción o, como en el caso que nos ocupa, a través de procesos de ratificación, no resulten lesivos a este principio fundamental, deben realizarse teniendo en cuenta que la finalidad última [*sic*] a la que sirven está directamente relacionada con el fortalecimiento de la institución de la independencia judicial y la necesidad de contar con una magistratura responsable, honesta, calificada y con una clara y contrastable vocación a favor de los valores de un Estado Constitucional. En consecuencia, resultará disfuncional a tales propósitos el hecho de que en los procesos de ratificación, so pretexto de estar cumpliendo funciones discrecionales o exentas de control, se atente de modo flagrante la

73 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1993, p. 86 y 87.

garantía de la independencia institucional del Poder Judicial retirando de sus cargos a jueces honestos y comprometidos con la defensa de la Constitución y sus valores, sin dar cuenta ni a los propios magistrados no ratificados, y menos aún [sic] a la ciudadanía, las reales motivaciones de tales decisiones.

De lo expresado en este acápite se desprende con claridad que no se ha vulnerado el derecho a la inamovilidad judicial del recurrente, pues tal derecho encuentra su límite ponderado en el procedimiento de ratificación por parte del CNM, actuación que se ha realizado [sic] con arreglo a la Constitución.

## §2. Ratificación y cumplimiento de fines constitucionales

15. La correlación en el binomio independencia y responsabilidad debe ser tratada con ecuanimidad, e impone la búsqueda de límites que determinen su exigencia de modo efectivo y sobre aspectos relacionados exclusivamente con el ejercicio de la función judicial y fiscal, sin ir más allá.

La independencia judicial no puede desembocar en una irresponsabilidad del magistrado que, por otra parte, resultaría incompatible con el principio democrático del Estado de derecho, por la simple razón de que todos los Poderes estatales deberán responder por el ejercicio de sus funciones, según fluye del equilibrio constitucional subyacente. Por eso, es allí donde aparece la ratificación como forma en que la responsabilidad del juez debe verse constitucionalmente definida.

16. Justamente, para lograr tal objetivo, la ratificación cumple diversas funciones constitucionales, las cuales pasamos a explicar a continuación:

### a) **La ratificación renueva el compromiso y la responsabilidad de la magistratura**

Si la independencia es la garantía política para predicar la imparcialidad de la justicia en cualquier sistema, la responsabilidad es su contrapartida por excelencia. Responsabilidad implica una serie de compromisos en la labor de la magistratura, compromisos que van desde la lealtad a la Constitución y sus valores, hasta la imprescindible solvencia moral con que debe actuar en el ejercicio de las funciones. Es la responsabilidad con que actúa cada día un magistrado, lo que permite contrastar públicamente su independencia.

Se suele distorsionar el concepto de independencia cuando se la asocia con la simple autonomía orgánica del PJ (así como la del MP);

los jueces no son más independientes por que se autogobiernen o porque decidan ‘soberanamente’ desde su interioridad subjetiva las causas que la sociedad les plantea. Por tal motivo es que tampoco la inamovilidad a secas garantiza al ciudadano una magistratura independiente. Es la labor en los casos diarios lo que permite constatar si dichas garantías pueden objetivarse, otorgando de este modo legitimidad al juez en el ejercicio de sus funciones. Por ello es que es un error calificar la actuación de un magistrado dentro de un sistema jurídico “(...) a partir exclusivamente de tomar en consideración sus poderes, ignorando sus deberes (...)”<sup>74</sup>, puesto que son las razones de sus decisiones, su conducta en cada caso y su capacidad profesional expuesta en sus argumentos, lo que permite a todo juez dar cuenta pública de su real independencia.

En tal sentido, es fácil persuadirse de que la ratificación ejercida dentro del marco de la Constitución, puede servir en el Estado Democrático para que la magistratura dé cuenta periódica del ejercicio de su independencia con responsabilidad cada siete años. Que dicha potestad haya sido entregada a un órgano como el CNM, genera desde luego una garantía de que en tales proceso es menos probable la influencia política o los móviles subjetivos que puedan poner en riesgo la garantía institucional de la independencia, a condición de que tales atribuciones sean ejercidas, desde luego, con las mínimas garantías a las que de inmediato nos referiremos. De este modo, antes que colisionar con el principio de independencia o el de permanencia en el cargo, el instituto de la ratificación puede servir precisamente para fortalecer la independencia funcional del magistrado, que tiene en el proceso de ratificación la oportunidad para dar cuenta, cada cierto tiempo, de su ejercicio en el [sic] del poder que por delegación ostenta como magistrado.

#### **b) La ratificación es un mecanismo de control al ejercicio de la función pública del magistrado**

Los jueces y fiscales, no hay que olvidarlo, son ante todo funcionarios públicos; en consecuencia, las garantías de independencia y permanencia en el cargo no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta. Es razonable suponer que en este universo amplio de personas, no todas mantengan en el tiempo un ejercicio impecable. La función jurisdiccional tiene, además, una serie de otras variables que no están presentes en el control de otras funciones públicas. En consecuencia, la institución de la ratificación no es incompatible con el modelo de Estado Democrático donde se respeta la división de poderes.

74 Aguiló Regla, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: *Isonomía*. N.º 6 (abr. 1997). p. 76.

El ejercicio de la función pública requiere para su óptimo desempeño de un mecanismo que permita al funcionario un mínimo control por parte de los entes instituidos con tal propósito. En el caso de la magistratura, este poder de control de la actividad funcional del magistrado es el CNM, que la ejerce en los procesos disciplinarios, pero también de manera regular en los procesos de ratificación. De este modo, el Estado comparte responsabilidades y roles entre distintos entes a efectos de lograr un justo balance entre los poderes y atribuciones comprometidas.

**c) La ratificación incentiva la sana competencia en la carrera judicial**

Ejercida con respeto a los derechos y garantías constitucionales, la ratificación puede ser también un mecanismo eficiente de gestión del personal jurisdiccional. Los estudios sobre la materia muestran la importancia de que en toda corporación existan mecanismos de renovación y de retroalimentación de los valores y principios que se exigen para el cumplimiento de las metas de la organización y que estos mecanismos sean constantes. Es claro que la organización judicial y fiscal es una corporación donde el recurso humano es fundamental; en esta dimensión es donde actúan los mecanismos de selección permanente de tal modo que, antes que depuración, la ratificación puede entenderse también como un mecanismo para la optimización del recurso humano teniendo como una meta clara contar siempre con los mejores elementos para cumplir con éxito los fines últimos de la organización de la justicia a la que, como funcionarios públicos, sirven los jueces y fiscales. Esto permite, por otro lado, la creación de una cultura de la sana competencia dentro de la organización judicial, que a través de este tipo de procesos puede hacer públicos los perfiles de la magistratura que requiere el Estado social y democrático de derecho, generando señales claras sobre el modelo de juez o fiscal, así como sobre las competencias que se requieren para permanecer en el cargo. Desde luego, ello no es posible, por ejemplo, en un esquema donde no se publicitan ni los procesos ni las decisiones de quienes ejercen dicha función.

**d) La ratificación fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia**

Al ser un proceso público, la ratificación de magistrados se presenta también como una oportunidad para que la ciudadanía pueda reivindicar al buen juez o pueda acusar directamente, y con las pruebas debidas, al juez incapaz, deshonesto o corrupto. La crítica ciudadana a la función pública es un elemento fundamental en el fortalecimiento de las instituciones de la democracia participativa. Un modelo abierto a la participación del pueblo como es el Estado social y democrático, no puede desperdiciar un momento como este para

que la magistratura dé cuenta pública de sus funciones cada siete años. Eso sí, el sistema debe permitir que el magistrado responsable, capaz y honesto, espere sin temor ni incertidumbre de lo que pueda ocurrir con su destino funcional luego del proceso de ratificación. La sociedad peruana, que ha vivido en los últimos años con las puertas del poder público poco permeables a la crítica pública, necesita abrir espacios de diálogo entre el ciudadano y la función pública.

### **§3. Los nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados**

17. Las nuevas circunstancias habilitantes para un cambio jurisprudencial como el explicado, permiten que este Colegiado efectúe un reexamen de los principios vertidos sobre la materia.
18. Es correcto que el consejero vote por la ratificación o no de un magistrado con un alto grado de valor intrínseco, pero su decisión debe sustentarse en la apreciación obtenida en la entrevista realizada; en los datos proporcionados por el mismo evaluado; y en los informes recolectados de instituciones como las oficinas de control interno, la Academia de la Magistratura y otras entidades públicas, así como la proveniente de la participación ciudadana.

Al respecto, hay varios puntos a destacar, justamente a partir del nuevo parámetro brindado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, aprobado mediante la Resolución del CNM N.º 1019-2005-CNM –básicamente artículos 20.º y 21.º–, lo cual comporta a un mérito mucho más estricto de quien se somete a evaluación por parte de la Comisión:

- Calificación de los méritos y la documentación de sustento, contrastados con la información de las instituciones u organismos que las han emitido.
- Apreciación del rendimiento en la calidad de las resoluciones y de las publicaciones, pudiendo asesorarse con profesores universitarios. Se tomará en cuenta la comprensión del problema jurídico y la claridad de su exposición; la solidez de la argumentación para sustentar la tesis que se acepta y refutar la que se rechaza; y el adecuado análisis de los medios probatorios, o la justificación de la omisión.
- Análisis del avance académico y profesional del evaluado, así como de su conducta.

- Examen optativo del crecimiento patrimonial de los evaluados, para lo cual se puede contar con el asesoramiento de especialistas.
- Estudio de diez resoluciones (sentencias, autos que ponen fin al proceso, autos en medidas cautelares o dictámenes) que el evaluado considere importantes, y que demuestre, el desempeño de sus funciones en los últimos siete años.
- Realización de un examen psicométrico y psicológico del evaluado, con asesoramiento de profesionales especialistas. El pedido lo realiza el Pleno a solicitud de la Comisión.

Solamente utilizando dichos criterios el CNM logrará realizar una evaluación conforme a la Constitución, respetuosa de la independencia del PJ y del MP, y plenamente razonada; y, a su vez, criticable judicialmente cuando no se haya respetado el derecho a la tutela procesal efectiva en el procedimiento desarrollado.

19. Dejando atrás el carácter subjetivo que ha llegado a estar consignado como forma de actuación, lo que se requiere, a partir de ahora, es una decisión con un alto componente objetivo. El consejero ya no puede determinar, a su libre albedrío, qué juez o fiscal no continúa en el cargo, sino que, para hacerlo, deberá basarse en los parámetros de evaluación antes señalados.

Lo importante es que a través de este método ponderativo, se conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto<sup>75</sup>. En tal sentido, este Colegiado ha expresado en el fundamento 109 de la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, que:

(...) El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta [*sic*] afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran (...).

Asimismo, el antes mencionado nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, ha señalado claramente

75 Prieto Sanchis, *Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002. p. 137.

como parte de la Exposición de Motivos (Acápito ‘Sobre la decisión final’), que:

Los procesos concluyen con una resolución motivada, en la que se deben expresar los fundamentos por los cuales se adopta la decisión de ratificación o de no ratificación, la que se materializa mediante votación nominal en la sesión convocada para tal efecto.

20. Con todo lo expuesto, y con una interpretación como la mostrada, la justificación del por qué está autorizado el CNM para realizar esta actividad correctora podría concretarse en que ésta [*sic*] realiza a través de un control interorgánico de los consejeros respecto a los jueces, basado en que la actuación indebida de estos últimos termina afectando claramente la *potestas* del Estado y, consecuentemente, de la población.

En este marco, este Tribunal considera que los datos objetivos que ahora se exigen a los consejeros imprimen al proceso de evaluación de magistrados un mejor margen para la motivación de sus resoluciones, lo que guarda coherencia con el respeto de los derechos fundamentales de los sometidos a la ratificación. El avance normativo sobre la materia es digno de resaltar.

#### §4. Las consecuencias de la no ratificación

21. Luego de analizar la naturaleza del acto de ratificación, este Colegiado considera pertinente precisar cuáles son los efectos que tiene esta figura en el ámbito constitucional.

En principio, debe quedar claro que cuando la ratificación no se logra producir, no se está ejerciendo la potestad disciplinaria del CNM, pues, como bien lo señala la Constitución en su artículo 154.º, inciso 2 (disposición reproducida por el artículo 30.º de la Ley Orgánica del CNM), “[E]l proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias”<sup>76</sup>.

Al respecto, en una normatividad particular (artículo 2.º del Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, aprobado mediante la Resolución N.º 030-2003-CNM), se señala que para poder sancionar por indisciplina, debe existir previamente una imputación al vocal o

76 Sobre este tema ha incidido el TC cuando señala que “la decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituye un sanción disciplinaria” [Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, Caso Luis Felipe Almenara Bryson, fund. 13]. Para tales efectos, el Consejo “lleva un registro de los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los Magistrados del Poder Judicial” [artículo 42.º de la Ley Orgánica del CNM].

fiscal supremo de la comisión de hecho, acto o conducta considerados como causales de destitución previstas en la Ley Orgánica del CNM, respetándose, en concordancia con lo establecido por el artículo 1.º del citado reglamento, los principios de legalidad, intermediación, celeridad, imparcialidad, publicidad y presunción de inocencia; siendo esta responsabilidad una estrictamente profesional, de control genérico de su actividad, orientada a que en el ejercicio de sus potestades, los jueces y fiscales no infrinjan normas que pudieran llegar a causar detrimento en los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción, por estar encaminada a la garantía de las obligaciones estatutarias y fundada en unos criterios de orden relacionados con la observancia de determinados deberes u obligaciones inherentes al cargo judicial, cuyo incumplimiento implica la comisión de unos ilícitos disciplinarios y, por ende, la posibilidad de ser sancionados. Igualmente, el artículo 201.º de la Ley Orgánica del PJ establece que los jueces sólo [*sic*] serán sancionados por indisciplina en los casos de infracción a los deberes y prohibiciones contempladas en la referida ley orgánica; cuando se atente públicamente contra la respetabilidad del PJ; o por notoria conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo, entre otros supuestos.

22. De otro lado, es necesario definir cuál es la consecuencia accesorias, no por ello menos trascendente, que trae consigo la no ratificación. Según el propio texto constitucional, en su artículo 154.º, inciso 2, luego de la evaluación del magistrado, los que no sean ratificados no podrán reingresar al PJ ni al MP.

Al respecto, de la forma como está prevista en la Constitución, se debe considerar que la no ratificación es un acto más trascendente que la propia potestad disciplinaria, lo cual, de suyo, exige más acuciosidad a los consejeros en su función, por más que la normatividad tenga un sentido contrario, tal como lo ha advertido ya este Colegiado en el fundamento 22.º de la sentencia expedida en el Exp. N.º 1941-2002-AA, en el cual, intentando dar un sentido al contenido normativo de la Constitución, estimó que, al no ser sanción, la prohibición de reingreso a la carrera judicial o fiscal es incongruente con la Constitución, pues sería absurdo que los efectos de una no ratificación puedan ser más drásticos que la de una medida disciplinaria, motivo por el que consideró que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular al PJ o al MP.

Abundando sobre esta materia, este Tribunal también ha precisado, en el fundamento 17 de la Sentencia del Expediente N.º 1550-2003-AA/TC, caso Clara Aurora Perla Montaña, que dicha incongruencia

(impedimento) no sólo [*sic*] afecta la misma naturaleza de la ratificación sino también el principio de legalidad sancionador [artículo 2.º, inciso 24, literal d) de la Constitución].

## §5. La inclusión de la protección de la tutela procesal efectiva en el procedimiento de ratificación

23. La protección de este derecho fundamental nace de la necesidad de rescatar al proceso de la pretendida autonomía en la cual lo subsume la práctica judicial, y que lo ha llevado a desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, ante las exigencias del positivismo jurídico, de aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas. Precisamente, por ser un derecho fundamental, se presenta como:

(...) la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado, o se transforme radicalmente<sup>77</sup>,

lo cual supone, según el párrafo 74 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 29 de enero de 1997, caso Genie Lacayo,

(...) el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

24. El derecho a la tutela procesal efectiva no sólo [*sic*] tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 24 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, referido al tema del pase a la situación militar de retiro por causal de renovación, consideró que el debido proceso

(...) está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en

77 SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, N.º 7 (1979). p. 51.

las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...),

tema que también ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo expresa el párrafo 104 de la Sentencia del 6 de febrero del 2001, Caso Ivcher.

25. Al respecto, la posición inicial de este Colegiado fue un reconocimiento limitado de este derecho fundamental en el procedimiento evaluativo, cuando señaló en el fundamento 17 de la Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC que, al no ser aplicable de manera genérica a todo tipo de procedimiento administrativo,

(...) significa que, forzosamente, se tenga que modular la aplicación –y titularidad– de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso, y reducirse ésta [*sic*] sólo [*sic*] a la posibilidad de la audiencia.

Este fue un primer paso interpretativo. Sin embargo, este Tribunal considera pertinente avanzar un poco en este extremo pues, al considerar que la apreciación de los consejeros ya no es exclusivamente subjetiva, el control de la tutela procesal efectiva debe sustentarse en la parte objetiva.

Asimismo, recientemente este Colegiado, en cuanto al tema de actuación discrecional de la Administración, ha expresado, en el fundamento 34 de la Sentencia del aludido Expediente N.º 0090-2004-AA,

(...) que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo [*sic*] 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.

Por lo tanto, y de modo congruente con lo que hasta ahora se ha expuesto, también se debe considerar como parte de la tutela procesal efectiva el derecho al acceso a la información del procedimiento, y a la independencia del examinador. Paralelamente, es necesario explicar que se puede ir configurando en la jurisprudencia de este Tribunal lo que es la motivación de las resoluciones y la pluralidad de instancias en el procedimiento, cada una de ellas con un carácter especial para el caso concreto.

## C. GARANTÍAS DE LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN

### §1. El acceso a la información procesal

26. Según la Constitución (artículo 139.º, incisos 4 y 15), el derecho a la información procesal se puede inferir del principio de ‘publicidad en los procesos’ y del ‘derecho a la información’ (con inmediatez y por escrito) atribuirle a toda persona para que se le informe de las causas o razones de su detención.

Así, el derecho a la información procesal es aquél [sic] según el cual el justiciable está en la capacidad de tener acceso a los documentos que sustentan una resolución, tanto para contradecir su contenido como para observar el sustento del juzgador al emitir su fallo.

27. Ahora bien, como parte de la tutela procesal efectiva, toda la información recibida por el CNM debe ser manejada con la mayor reserva posible, a fin de cautelar el derecho a la vida privada de jueces y fiscales, previéndose en el artículo 28º de la Ley Orgánica del CNM y en la V Disposición General del Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación (tanto en el antiguo como en el nuevo), que no sólo [sic] los consejeros, sino también el personal de apoyo del CNM, habrán de guardar reserva respecto a las informaciones que reciben y deliberaciones que realicen. Pero donde el derecho adquiere una importancia inusitada es cuando se analiza si esta confidencialidad debe ser respetada con relación a los propios magistrados.
28. Este Colegiado ha ido determinando el carácter efectivo del derecho al acceso a la información. En el fundamento 5 de la Sentencia del Expediente N.º 0950-2000-HD/TC, caso Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional, se ha considerado que al ser una facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, no debe existir:

(...) entidad del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada (...).

También se debe destacar la relación entre este derecho y el régimen democrático. Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, que el acceso a la información pública,

(...) no sólo [sic] constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1º de la Constitución), sino

también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública.

29. No obstante, el CNM ha sustentado su negativa a entregar la información a los magistrados en lo dispuesto en su Ley Orgánica, básicamente en sus artículos 28.º, 42.º y 43.º, siendo, a juicio de este Tribunal, solamente el último de ellos, antes de su modificación, el que podría sustentar una denegación permisible. Al respecto, el referido artículo 43.º señalaba, antes de ser modificado por la Ley N.º 28489, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de abril de 2005, que estaba prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro. Dicho artículo, luego de su modificación, dispone que el CNM debe garantizar:

(...) a la ciudadanía en general, a través de su portal web, el acceso a la información del registro, con las reservas del derecho de los postulantes y magistrados al honor; a su buena reputación y a su intimidad personal y familiar; conforme a ley.” [sic]

Es decir, dentro de un marco de confidencialidad.

Antes de la mencionada modificación legislativa, y a modo de interpretación normativa, este Colegiado había señalado en el fundamento 13 de la Sentencia del Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, caso Julia Eleyza Arellano Serquén, que el propósito de dicho artículo de la ley orgánica no era tanto negar el carácter de información pública a la información que se mantiene en el registro, sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, restringiendo el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

30. Así, para poder determinar el verdadero límite existente entre confidencialidad e información pública, este Colegiado señaló, como parte del fundamento 20 de la Sentencia del Expediente N.º 1941-2002-AA/TC, la existencia de este derecho para todos los magistrados sujetos al proceso de ratificación, y subrayando el ineludible deber de entregar toda la información disponible sobre la materia, por parte del CNM, dentro de los parámetros señalados.

A partir de esta argumentación, el Tribunal Constitucional finalmente ha logrado señalar en el fundamento 15 de la Sentencia emitida en el antes citado Expediente N.º 2579-2003-HD/TC, que:

(...) cabe deslindar si dentro de los sujetos a los cuales está destinada la restricción no se encuentra el titular de los datos que

se mantienen en el registro. La restricción ha de entenderse, en efecto, sobre 'los particulares o autoridades' distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto 'particulares', utilizado por el artículo 43º de la LOCNM, y comprender, dentro de él, al sometido al proceso de ratificación (...).

De esta argumentación genérica se desprende que todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistrado evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Similar es el criterio adoptado por el nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, al establecer, en su exposición de motivos y en su tercera disposición complementaria y final, que el magistrado puede solicitar copias de las piezas del expediente y del informe final.

## §2. La necesidad de un examinador independiente

31. El funcionamiento adecuado de todo órgano calificador y examinador es otro elemento esencial para prevenir el abuso de poder por parte del Estado, y por ende, para proteger los derechos de la persona. En efecto, el corolario fundamental de su existencia es la posibilidad de acudir ante los órganos con el fin de asegurar la efectividad de los derechos. Es más, para que un órgano con capacidad vigilante pueda servir de manera efectiva como órgano de control –garantía y protección de los derechos– no sólo [*sic*] se requiere su existencia formal sino, además, su independencia e imparcialidad, pues, como bien se ha señalado para el caso judicial, debe procurarse, según lo expresa el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta exigencia aplicada a los consejeros debe ser considerada como un requisito de idoneidad para participar en la evaluación de un magistrado. Los miembros del Consejo no deben tener una posición predeterminada respecto a los magistrados, a fin de que en su ámbito de actuación según conciencia, deban ser lo más neutrales posible.

32. Según el demandante, luego de que se pronunciara como presidente de la Sexta Sala Civil a favor de diversos ex magistrados que habían recurrido en amparo, se percató que los integrantes del CNM no lo iban a ratificar. Como prueba de ello abunda en que:

(...) en publicaciones diversas el Presidente del Consejo se ha manifestado contra el referido pronunciamiento y se atreve inclusive a atribuirle de inconstitucional y de calificar a su autor como aplicador de una norma contraria a la Carta Fundamental, llegando al extremo de consentir con una periodista del Diario La República como que mi persona pertenecía a la red mafiosa del procesado Montesinos Torres<sup>78</sup>.

Por ello, consideró que con las declaraciones públicas formuladas, se le llegó a descalificar anteladamente como magistrado y como profesional en Derecho.

33. La normatividad específica sobre el tema de la ratificación señalaba, en el artículo VI del antiguo Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, vigente al momento de interponer la demanda, y que se mantiene con una redacción similar en el actual, con claridad que:

Los miembros del Consejo no pueden ser recusados por realizar la función de ratificación de jueces o de fiscales. Los consejeros, bajo responsabilidad personal, deben abstenerse cuando en el conocimiento del acto de ratificación de algún juez o fiscal se encuentren incursos en cualquiera de las causales de impedimento que establece la ley.

Por tanto, se debe observar si un consejero se abstuvo, o no, de actuar en un caso concreto, debido a que, en principio, ningún magistrado puede ser recusado. Al respecto, como bien lo ha señalado este Tribunal en el fundamento 112 de la Sentencia del Expediente N.º 0010-2002-AI,

(...) el instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa.

Por otro lado, en el artículo 305.º del Código Procesal Civil se señala que un juzgador está impedido de dirigir un proceso cuando haya sido parte en éste [*sic*]; si un familiar o un representado está interviniendo; si ha recibido personalmente o por familiares, beneficios o dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso; o si ha conocido el proceso en otra instancia.

78 Acápite 2.3 de la demanda (fs. 24 del Expediente). De esta forma se configura lo que el propio demandante ha considerado: el haber sido "(...) objeto de la campaña de desprestigio de parte de la demandada (...)" [Solicitud para que se dicte sentencia de parte del demandante (fs. 113 del Expediente)].

Asimismo, según el artículo 313.º del referido código adjetivo, también puede excusarse por decoro.

Igualmente, en el novedoso sistema procesal penal –artículo 53.º, inciso 1), del nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.º 957, aún [*sic*] en *vacatio legis*–, se establece que los jueces deberán inhibirse cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere un familiar; cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado o la víctima; cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil; cuando hubieren intervenido anteriormente en el proceso; o cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.

Es decir, en el ordenamiento son diversas las disposiciones que tratan el tema de la inhibitoria por parte de quienes deben resolver. Lógicamente, en el caso de los consejeros, estas exigencias deben limitarse por razón de lo especial de su cometido, siendo así como la posibilidad de recusación se ve restringida.

34. El Tribunal Constitucional, en una anterior oportunidad, ha advertido un cuestionamiento a la independencia de los consejeros. La crítica, al igual que en el presente caso, se sustentó en la actuación parcializada de uno de los miembros del Consejo. El caso se sustentaba en que uno de los consejeros no había sido confirmado en su cargo en una sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema cuando el recurrente era miembro de la misma y tenía un proceso abierto con el mismo consejero. Ante tal supuesto, este Colegiado no compartió el criterio expuesto por el recurrente, tal como lo expresa en el fundamento 27 de la Sentencia del Expediente N.º 2209-2002-AA/TC, caso Mario Antonio Urrello Álvarez:

En primer lugar, porque no fue el recurrente quien no ratificó al ahora consejero Idrogo Delgado, sino la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, como se desprende del documento obrante a fojas 45 y siguientes del cuaderno principal. En segundo lugar, no es exacto que el proceso judicial iniciado por el actual consejero Idrogo Delgado se haya promovido contra el recurrente, y que de esa manera exista entre ellos un conflicto de intereses, que comprometa su imparcialidad, pues se trata de un proceso judicial promovido contra el Poder Judicial en cuanto órgano, por no haber sido ratificado (...). En consecuencia, (...) no puede sostenerse que se haya violado el derecho de ser juzgado por un órgano imparcial.

De esta forma, sin estar expresamente reconocida, este Colegiado entró a analizar si existía o no independencia por parte de los consejeros, admitiendo implícitamente un derecho-regla más para los magistrados, en el ámbito del derecho-principio de la tutela procesal efectiva.

35. Ahora, es pertinente observar en el presente proceso constitucional si se configura alguna afectación al derecho de los magistrados a la independencia de los consejeros. De las pruebas documentales presentadas por la parte demandante, no se observa en ningún extremo adelanto de opinión de parte de los consejeros. Tal como se puede observar, simplemente se ha señalado periodísticamente que:

El Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) Ricardo La Hoz Lora, dijo que es anticonstitucional que el Poder Judicial acoja las acciones de amparo de los 26 magistrados (jueces y fiscales), quienes pretenden retornar a la administración de justicia. La Hoz señaló, sin embargo, que si el Poder Judicial repone a éstos [sic] nada podrá hacer<sup>79</sup>, (...).

Asimismo, se ha observado que el referido Presidente del CNM

(...) solicitó ayer al presidente de la Sala Suprema, Óscar Alfaro, le informe las razones por las cuales la Sexta Sala Civil decidió admitir una demanda de reposición interpuesta por el no ratificado vocal supremo Mario Urrelo<sup>80</sup>, (...).

Adicionalmente, las otras pruebas presentadas por el demandante no se refieren a declaraciones de consejero alguno, por lo que no pueden ser materia de revisión para el presente caso.

36. De tal análisis se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, no puede haberse solicitado la inhibición de todos los consejeros, si las declaraciones presentadas por el demandante únicamente se refieren a uno de ellos. Por lo tanto, no es lógico que se haya presentado un pedido de abstención al Pleno, si de las pruebas mostradas tan solo se ponía en tela de juicio la actuación de uno de sus miembros. En segundo término, de los medios probatorios presentados, no se colige con claridad la relación entre las expresiones vertidas por el consejero La Hoz y un

79 Entrevista aparecida en el diario *La República*, del 9 de mayo de 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 12 del Expediente).

80 Entrevista aparecida en el diario *La Razón*, del 8 de mayo de 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 15 del Expediente). Además, se presenta una transcripción de lo explicado por el referido consejero: "Quienes no quieren cumplir con la Constitución, siendo jueces, tendrán que asumir su responsabilidad, no ante nosotros sino ante la comunidad" [Entrevista, aparecida en el diario *La República*, del 6 de mayo de 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 16 del Expediente)].

adelanto claro de opinión. Es verdad que el entonces presidente del Consejo criticó la actuación de la Sala a la que pertenecía el recurrente, pero lo hizo en el marco constitucional [artículo 139.º, inciso 20), de la Constitución] del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley, sin llegar a demostrarse un ataque personal al demandante. Lo que no parece coherente con su función jurisdiccional, es tratar de atribuir responsabilidades al consejero por no haberlo defendido ante la opinión de los periodistas o de otras autoridades. De ello, por tanto, se desprende que no hubo afectación alguna al derecho del demandante.

### §3. La exigencia de resolución motivada

37. La certeza judicial es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, la exposición de un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Esta figura es acorde con la Constitución, cuando señala en su artículo 139.º, inciso 5), que es un principio de la función jurisdiccional,

*(...) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

38. En la demanda de amparo, el recurrente alega que, aparte que existe un derecho a la motivación de toda resolución, el Reglamento de Evaluación y Ratificación (se hacía referencia al ya modificado),

*(...) no contiene en su normatividad ninguna que exonere a la institución de motivar sus decisiones<sup>81</sup>.*

Tras la crítica realizada por el demandante respecto a la falta de fundamentación de la resolución del CNM, es imperioso establecer cómo debe observarse esta garantía del derecho al debido proceso en el caso de una no ratificación.

39. La motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, a la luz del artículo 139.º, inciso 5) de la Constitución, como una ‘motivación escrita’, pues, como lo prescribe el artículo 12º de la Ley Orgánica del PJ, todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son

81 Acápite 3.1 de la demanda (fs. 24 del Expediente). Por esta razón, se debe señalar que “(...) la falta de motivación de una resolución, aun administrativa, es una transgresión al derecho de defensa (...)” [Solicitud para que se dicte sentencia de parte del demandante (fs. 116 del Expediente)].

motivadas, bajo responsabilidad, es decir, han de incluir expresión de los fundamentos en que se sustentan.

En ese sentido, toda resolución debe ser congruente a fin de calibrar en ella la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa (debe ceñirse al *in dubio pro reo*, es decir, la interpretación de las normas debe ser a favor del procesado), que sustentan la decisión final y lo que ésta [*sic*] determina. Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en medida adoptada, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último<sup>82</sup>.

La motivación servirá básicamente por dos razones: para la eficacia del control jurisdiccional *ex post* y para lograr el convencimiento del juez respecto a la corrección y justicia de la decisión del CNM sobre sus derechos como ciudadano. Por tanto, la resolución congruente, sustentada en la motivación, descubre su pedestal en su articulación con el criterio de razonabilidad, a fin de regular adecuadamente el “margen de apreciación” que tiene el consejero para resolver de manera final, pese a la sensatez y la flexibilidad que se le ha impuesto en el ejercicio de sus funciones.

40. Dando un importante paso normativo, el propio CPC ha precisado con claridad que la motivación es parte esencial de las resoluciones del CNM, lo cual ha causado, según se ha venido señalando, la existencia de un cambio jurisprudencial sobre la materia. Sobre esta base, es imprescindible ingresar a una nueva lógica de intervención del Tribunal Constitucional sobre la materia, de acuerdo al artículo 5.º, inciso 7), del CPC, el cual establece que cuando las resoluciones del CNM no han sido motivadas o dictadas sin previa audiencia al interesado, sí proceden los procesos constitucionales cuestionando las resoluciones en principio definitivas.

Por eso es importante que la Defensoría del Pueblo haya señalado que la falta de motivación de la ratificación:

(...) vulnera los principios de dignidad de la persona, de interdicción de la arbitrariedad y de publicidad, que sustentan el ordenamiento jurídico peruano, y de la misma manera, afectan los derechos respectivos de los magistrados y magistradas no ratificados, así como su derecho a un debido proceso<sup>83</sup>.

82 En doctrina se señala que la motivación representa propiamente el razonamiento del juez respecto al juicio de razonamiento previo a toda decisión [TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, Cedam, 1975. p. 119].

83 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Conclusiones de la Resolución Defensorial N° 038-2002/DP, de 28 de noviembre de 2002.

Es pertinente señalar que este tema tampoco es novedoso para este Colegiado. En el caso de los pases al retiro por la causal de renovación de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, ha señalado, en el fundamento 15 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA que, para evitar considerar a los actos discrecionales de la Administración como arbitrarios, estos han de ser motivados y basarse necesariamente en razones, esto es, que no constituyan una mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte. Este análisis es el que habrá de realizar este Colegiado respecto a las resoluciones del CNM.

Más aún [*sic*], una interpretación literal del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución, no impide la motivación resolutoria. Que explícitamente se haya requerido la fundamentación en las sanciones disciplinarias a imponer [artículo 154.º, inciso 3)], no implica –en ningún supuesto– que para la ratificación no pueda exigirse también este derecho-regla como garantía de los magistrados. Se plantea, entonces, una interpretación del precitado dispositivo, conforme a la Constitución, utilizando los principios de unidad constitucional y eficacia práctica e integradora, sólo [*sic*] con el fin de reconocer la eficacia de la tutela procesal efectiva en la ratificación de jueces y fiscales.

41. Y si bien se presenta como claro e interesante que exista una discrecionalidad en la actividad de los consejeros (como la tiene cualquier juzgador), ello no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los jueces y fiscales; antes bien, sus resoluciones deben estar sometidas a criterios jurídicos que reflejen los valores, principios y derechos que la Constitución reconoce.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA,

Este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.

La línea que se acaba de mostrar no es novedosa en jurisprudencia comparada. Según la Sentencia Diez c/ Catán, 310: 1698, de la Corte Suprema estadounidense, las resoluciones:

(...) con apoyo en razones subjetivas (...) llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, que permite descalificar las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad.

De esta manera, se ha llegado a señalar que una discrecionalidad demasiado fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad.

42. Frente a lo que venía señalando el CNM respecto a esta materia, en una reciente norma, que se ha mencionado anteriormente, se ha cambiado el parámetro de actuación sobre la materia. Así, se puede observar en el artículo 29º del nuevo Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del PJ y Fiscales del MP, lo siguiente:

(...) el Pleno del Consejo, en sesión reservada, mediante votación nominal, decide renovar o no la confianza al magistrado evaluado, la que se materializa en una resolución de ratificación o de no ratificación, según sea el caso, debidamente motivada (...).

Es decir, toda decisión expedida por el CNM debe estar motivada. No se dice mucho al respecto, por lo que es conveniente que este Colegiado realice una interpretación conforme a la Constitución sobre este aspecto.

43. Como ahora está sujeto a un análisis de datos concretos, el consejero está en el deber de tomar una decisión sobre la base de los documentos e informes presentados. Es decir, debe sustentar su decisión en los medios que considera pertinentes. De lo expuesto, se desprende lo siguiente:

- Antes de emitirse el voto, debe existir discusión para cada caso concreto.
- Cuando realicen sus votos, los consejeros deben enumerar todos los datos que a su entender sustentan su posición, pero no tienen la obligación de explicar cuál es el razonamiento utilizado para llegar a tal determinación del voto.
- Esta fundamentación no es exigible a cada consejero, más si al órgano que está decidiendo la ratificación de un magistrado.

Este es el sentido que debe otorgar a la motivación para el caso de la ratificación, en la cual debe tenerse en cuenta tanto la razonabilidad y proporcionalidad resolutive. Es decir, puede retomarse para este caso la razonabilidad exigida para resolver los procesos disciplinarios, establecida por el artículo 3.º del ya citado Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, que señala que:

[l]os Consejeros valoran los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, independencia e imparcialidad,

y que ha sido entendido por este Colegiado (fundamento 35 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA) al considerar que la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado, motivo por lo cual se habrá de exigir la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto. Esto quiere decir que debe existir relación directa entre los fundamentos utilizados por los consejeros y la decisión de ratificar, o no, a un magistrado.

#### §4. La pluralidad de instancias

44. Sobre la base del artículo 142º de la Constitución, en el enunciado normativo del artículo 5.º, inciso 2, del CPC, que motiva el *overruling*, se puede observar que la improcedencia del amparo está referida a las resoluciones definitivas del CNM. Es decir, pueden existir resoluciones que no tengan el carácter de definitivas. Sin embargo, solamente han de ser recurridas, a través de un proceso constitucional, las que sí lo tengan, en la medida en que carezcan de motivación o hubieran sido dictadas sin audiencia del interesado.

Siendo ello así, puede aseverarse la necesidad de reconocer una instancia plural. Este derecho es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aún [*sic*] si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139.º, inciso 6, cuando señala que debe existir la pluralidad de instancias.

El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida, fundada en el derecho.

45. Conforme se aprecia de la norma constitucional respecto a la ratificación, no existe prohibición alguna a la pluralidad de instancia, cuyo fin evidentemente, controlar de la mejor manera la actuación del CNM, más aún [*sic*] si existe motivación en sus resoluciones.

Debe tomarse en cuenta que las graves consecuencias que puede acarrear el procedimiento de evaluación, exige su revisión por un órgano superior al que dicte la resolución en un primer nivel. Ello es necesario, básicamente, por dos motivos esenciales:

- i. Necesidad de revisar la decisión, en virtud de los alcances delicados que acarrea la decisión para el desarrollo profesional del magistrado.
  - ii. Sobre el fondo del asunto no cabe interponer recurso alguno en sede administrativa o judicial, tal como está expresado con claridad en el artículo 142.º de la Constitución, pues la intervención constitucional sólo [*sic*] se sustenta en la protección del juez o fiscal en caso se hayan vulnerado sus derechos fundamentales a lo largo del procedimiento.
46. Por lo tanto, es indispensable que se cree algún mecanismo de segunda instancia dentro del propio CNM, atendiendo a la naturaleza del órgano y a la mejor forma de proteger a la persona. Al respecto, de la propia normatividad del CNM (artículo 41.º de su Ley Orgánica) se puede advertir que esta institución actúa en plenario y en comisiones.

Entonces, es perfectamente permisible que dentro de este órgano constitucional se pueda instaurar una doble instancia que permita, por un lado, una decisión correcta, y, de otro, una mejor protección a los derechos de los magistrados. Es decir, que sea una comisión la que resuelva en primera instancia –lo lógico sería que sea la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de magistrados– y el plenario en segunda, figura que tranquilamente puede ser desarrollada por el CNM con detenimiento, y atendiendo a su práctica.

#### **D. PARÁMETRO CONSTITUCIONAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE RATIFICACIÓN DE MAGISTRADOS**

47. Las funciones del CNM son totalmente compatibles con el espíritu constitucional de la democracia y el rol de los órganos constitucionales. Al ser la Constitución de aplicación directa (artículo 51º de la Constitución), su vinculación también debe ser inmediata y continua. No obstante, la práctica de este órgano muchas veces ha soslayado los cometidos asignados, y se ha llegado a invadir el espacio destinado a los derechos de los jueces y fiscales, en tanto administradores de justicia.

En tal sentido, es pertinente remitirse a lo que la experiencia gala del *bloc de la constitutionnalité* nos presenta, y que la Constitución en su conjunto, con los valores que ésta [*sic*] encierra (jurídicos y positivos), sirva como parámetro para entenderla, utilizando al Tribunal Constitucional como elemento trascendente para lograr la pacificación del ordenamiento jurídico y de la vida estatal. Este bloque es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la

Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución, que irradia a todo el ordenamiento jurídico.

### §1. La consecuencia de una correcta interpretación de la ratificación como función del CNM

48. Como se señalara *supra*, una visión global de la Constitución permite que ésta [*sic*] sea considerada no como algo estático, sino como algo ágil y eficaz (vivo, cambiante y mutable). Los principios que guían nuestra Norma Fundamental podrán encarrilar la existencia de órganos cuya vigencia esté de la mano con el contrapeso entre sus funciones.

De esta forma, derechos básicos de los jueces y fiscales, como poder recurrir una resolución en sede judicial o esperar la motivación de su separación del cargo o, de hecho, la misma imposibilidad de ser expulsados de su función jurisdiccional sin demostración alguna de su incapacidad, terminará apareciendo como una infracción a sus derechos.

Nuestros esfuerzos interpretativos se han orientado a que en el proceso de evaluación y ratificación se proteja la independencia judicial y fiscal, en tanto se presentan como derechos-reglas que se relacionan en un sentido de determinación. Debe observarse la legitimidad de las normas en juego, y ello depende de que se consideren una 'limitación justificada', es decir, lo que sería para este Colegiado:

(...) una intervención justificada a la luz de algún bien que opere como título de cobertura de la acción legislativa y, al propio tiempo, como frontera delimitadora del derecho (...)<sup>84</sup>.

49. Queda entonces, como tarea básica del Tribunal Constitucional, encontrar los verdaderos contornos que se presenten en una sentencia que se refiera a un procedimiento de evaluación de los magistrados. En vista de ello, la parte resolutive de esta sentencia debe recoger un análisis concienzudo de la realidad, más allá de meros formulismos legalistas que pueden terminar disfrazando las conclusiones a las cuales se arriben.

Este Colegiado siempre debe actuar con un parámetro determinado dentro de un Estado social y democrático de derecho; ello comporta reconocer su pertenencia a un sistema constitucional en el que el Estado debe estar dirigido hacia el bien común de las personas, lo que significa, por lo menos, el respeto de su tutela procesal efectiva.

84 PRIETO SANCHÍS, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades". En: ALZAGA VILLAAMIL. Óscar. *Constitución española de 1978*. Madrid, 1984. p. 69. Para el Tribunal Constitucional alemán, todo proceso debe estar 'coinfluenciado' por la configuración de tales normas [Estatutos 1, 87 (89)].

En el presente caso, el Tribunal lo que está buscando es reconocer la efectividad de un derecho fundamental como el de tutela procesal efectiva. Una protección efectiva no puede terminar por desnaturalizar el derecho fundamental, sino que debe ser entendida desde la concepción material o sustantiva. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 3.d de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1223-2003-AA/TC, Caso Carlos Guffanti Medina,

(...) que una decisión sancionatoria, como la aplicada inobjetablemente, desnaturaliza la idea de un debido proceso, entendido ya no sólo [sic] en términos formales, sino también sustantivos (...).

Esta idea atiende los contenidos esenciales, más que a las formas, permitiendo ingresar al fondo de los pronunciamientos y examinarlos aplicando el *test* de razonabilidad, no sólo [sic] por la mera observancia de reglas puramente adjetivas, sino por la compatibilidad o no que hayan podido demostrar en relación con el valor justicia y sus elementos esenciales.

50. Queda claro que lo que se expone en esta sentencia significa que la responsabilidad de los jueces y fiscales por su mal desempeño debe encausarse de acuerdo a los cánones constitucionales y con las convenientes revisiones, y eso también puede encargársele al CNM. Ante ello se sugiere que, como parte de la 'legitimación democrática material', podrá existir:

(...) una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas<sup>85</sup>.

Esto significa que una resolución como la que es materia de este amparo, según este Colegiado (fundamento 7 de la Sentencia del Expediente N.º 1411-2004-AA/TC, caso Julio César Fernández Urday), se considerará [sic] como vulneratoria del:

(...) derecho constitucional al debido proceso sustantivo en sede administrativa [cuando no se aprecie] esa razonabilidad y proporcionalidad en la sanción impugnada considerando que los motivos que dieron lugar ella no tienen un correlato con las acciones realizadas por el demandante (...),

85 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Totta, 2000. p. 62.

pues, también se ha señalado en el fundamento 34 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA, que motivar una decisión no sólo [sic] significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino también, necesariamente, exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

## V. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere el artículo 201º de la Constitución Política del Perú:

### HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.

Por tanto:

1. Al momento de realizar el procedimiento de ratificación, el Consejo Nacional de la Magistratura, en el presente caso, lo hizo de acuerdo a las normas vigentes e interpretando adecuadamente las mismas, por lo que no se llega a demostrar la vulneración de los derechos constitucionales invocados por el demandante; por ende, no es posible disponer su reposición en el cargo, ni otorgar el pago de remuneraciones, devengados e intereses.
2. Se declara que tienen fuerza vinculante los argumentos vertidos respecto a la aplicación de los criterios establecidos en la presente sentencia a los casos futuros (fundamentos 7 y 8); al nuevo carácter de la evaluación y ratificación de los jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público (fundamentos 17 a 20); y a los derechos-reglas contenidos en el derecho-principio a la tutela procesal efectiva (fundamentos 26 a 43).

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 0168-2005-PC/TC  
DEL SANTA  
MAXIMILIANO VILLANUEVA  
VALVERDE

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de setiembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Maximiliano Villanueva Valverde contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 110, su fecha 4 de noviembre de 2004, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 1 de octubre de 2003, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización\* (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N.º 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales.

La ONP contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la Ley N.º 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. Añade que dicha norma fue derogada.

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional; se lee: "Oficina de Normalización (ONP)" debiendo decir: "Oficina de Normalización Previsional (ONP)".

El Primer Juzgado Civil de la Corte Superior del Santa, con fecha 5 de abril de 2004, declaró fundada la demanda estimando que el recurrente adquirió los derechos reconocidos por la Ley N.º 23908, puesto que se encontraba vigente cuando aquél [*sic*] obtuvo su pensión.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, argumentando que el recurrente no alcanzó el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la Ley N.º 23908.

## FUNDAMENTOS

1. Considerando que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, mediante el presente caso el Tribunal Constitucional establecerá precedentes de carácter obligatorio para la procedencia de los procesos de cumplimiento, con carácter previo a la resolución del caso concreto se fundamentarán las razones que sustentan la adopción de los nuevos criterios que se tomarán en cuenta a partir de la fecha.

### Carácter normativo de la Constitución y procesos constitucionales

2. Desde el punto de vista doctrinario, es posible considerar que existen temas de naturaleza propiamente constitucionales y otros que, sin tener tal condición, son incorporados a la Constitución por el constituyente. Sin embargo, desde la perspectiva de la justicia constitucional, que es la que le compete al Tribunal Constitucional, y a fin de preservar la supremacía jurídica de la Constitución, con arreglo a los artículos 45.º y 51.º de la Carta Magna, es indispensable reiterar el carácter normativo de la Constitución en su conjunto que, obviamente, abarca todas las materias que ella regula.
3. La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "*lo constitucional*" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no sólo [*sic*] en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

## El Proceso de Cumplimiento en el modelo de jurisdicción constitucional de la Constitución de 1993

4. Atendiendo a las consideraciones expuestas es que debemos interpretar las normas contenidas en el Título V de la Constitución, relativas a las garantías constitucionales o procesos constitucionales. En efecto, el planteamiento descrito líneas arriba se confirma con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, relativo a los alcances de dicho cuerpo legal, que señala que tal Código “(...) regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución”. Consiguientemente, el Código Procesal Constitucional acatando el mandato constitucional, reconoce al proceso de cumplimiento su carácter de proceso constitucional.
5. Ahora bien, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, garantizando la autonomía de cada uno de los procesos constitucionales que protegen derechos constitucionales (amparo, hábeas corpus y hábeas data), debemos precisar, dentro del marco del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.
6. Para ello, es necesario tener presente que el artículo 3.º, concordante con el artículo 43.º de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su Capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Véase Exp. N.º 2488-HC, fundamento 12).
7. En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (artículo 45.º de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (artículo 43.º de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (artículo 51.º de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes

de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.

8. Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo [sic] basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.
9. Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3.º, 43.º y 45.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.
10. En efecto, el inciso 6.º del artículo 200.º de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario *renuente a acatar* una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.
11. Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3.º y 43.º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38.º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51.º) serán reales, porque, en caso de

la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.

### **Requisitos comunes de la norma legal y del acto administrativo para que sean exigibles a través del proceso de cumplimiento**

12. Es así que desde la línea argumental descrita en el artículo 66.º del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70.º del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.
13. Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, este Colegiado ha afirmado que "(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente". (Exp. N.º 0191-2003-AC, fundamento 6).
14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:
  - a) Ser un mandato vigente.
  - b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo.
  - c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.

- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
  - g) Permitir individualizar al beneficiario.
15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.
  16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.
  17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiriéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.

18. Por tanto, para el Tribunal Constitucional las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente.

### **Análisis del presente caso**

19. En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que “(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado”. (Fundamento 60).
20. En tal sentido, es claro que los criterios interpretativos que bajo el marco de la Constitución establecimos para la aplicación de la Ley N.º 23908, deben servir para resolver los casos originados por dicha ley en la vía jurisdiccional ordinaria y en la vía administrativa. Del mismo modo debe procederse respecto a los criterios relativos a otras normas legales sobre pensiones. Por ejemplo, los criterios interpretativos desarrollados en el caso Briones Vigo (Exp. N.º 0198-2003-AC/TC), fundamentos 2 a 15, relacionados con la aplicación de la Ley N.º 23908, constituirán precedentes de observancia obligatoria para las controversias derivadas de tal ley.
21. En dicha sentencia se precisó que “El Decreto Ley N.º 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N.º 19990 para el goce de las pensiones, entendiéndose que, desde la fecha de su vigencia, se sustituía el beneficio de la pensión mínima por el nuevo sistema de cálculo, resultando, a partir de su vigencia-19 de diciembre de 1992-, inaplicable la Ley N.º 23908 (...). Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N.º 23908 debe aplicarse a aquellos asegurados que hubiesen alcanzado el punto de contingencia hasta el 18 de diciembre de 1992 (día anterior a la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967”. (Caso Briones Vigo, Exp. N.º 0198-2003-AC/TC, fundamento 10).
22. En el presente caso, de la Resolución N.º 0000050737-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 20 de setiembre de 2002, que obra a fojas 2 de autos, se advierte que al demandante se le reconoció su pensión de jubilación a partir del 1 de diciembre de 1994. En consecuencia, habiéndose verificado la contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Ley

N.º 25967), no le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N.º 23908, conforme a los criterios reseñados en el fundamento anterior. Razón por la cual la demanda debe ser desestimada. Del mismo modo, habiéndose desestimado la pretensión principal, la subordinada corre la misma suerte, por lo que el pedido de pago de devengados e intereses debe también desestimarse.

### **Precedente vinculante**

23. La resolución del presente caso en la vía de cumplimiento, teniendo como base los precedentes del Caso Briones Vigo (Exp. N.º 0198-2003-AC/TC, fundamento 10), demuestra cómo hasta ahora los criterios de la jurisdicción constitucional han sido bastante flexibles y amplios para evaluar normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige en la presente vía constitucional. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos futuros que se tramiten en la vía del proceso de cumplimiento, la aplicación estricta de los requisitos mínimos comunes a los mandatos contenidos en las normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige, que han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y que se resumen en la presente sentencia, a fin de no desnaturalizar el carácter breve y expeditivo del proceso de cumplimiento.
24. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante para todos los procesos de cumplimiento, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de cumplimiento.
25. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de cumplimiento a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido en el párrafo anterior será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes.

### **Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables a los procesos de cumplimiento en trámite que no cumplan con los requisitos**

26. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional

estableció que los derechos pensionarios de orden legal, entre otros, por ejemplo los derivados de la Ley N.º 23908, deberán ser conocidos en la vía del contencioso administrativo y no mediante el proceso de amparo, salvo las excepciones que se establecieron en la misma sentencia, encauzándose las demandas que se declarasen improcedentes, conforme a los nuevos criterios, a la vía contenciosa administrativa.

27. Consecuentemente, y aplicando similares criterios, las demandas de cumplimiento que no cumplan con los requisitos de procedibilidad descritos en la presente sentencia, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria que, conforme a los artículos 4º (inciso 2) y 24º (inciso 2) de la Ley N.º 27584, será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.
28. Por lo tanto, a la luz de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional las demandas de cumplimiento sobre materia pensionaria que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en los fundamentos 14, 15, 16 *supra* de la presente sentencia sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias relativas al proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24º, inciso 2 de la Ley N.º 27584.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de cumplimiento.
2. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, toda demanda de cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.

Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de cumplimiento que a la fecha de publicación de esta sentencia se

encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de cumplimiento, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, en la vía del proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24º, inciso 2 de la Ley N.º 27584.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 5854-2005-PA/TC  
PIURA  
PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Andrés Lizana Puelles contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 182, su fecha 28 de junio de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, de fecha 17 de noviembre de 2004, por considerar que vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

Manifiesta que mediante acuerdo adoptado el 20 de julio de 2004, el Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, declaró improcedente la solicitud de vacancia en el cargo de Alcalde municipal, por causal de nepotismo, formulada en su contra por un ciudadano. Refiere que en aplicación del artículo 51º de la Ley N.º 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–, el 20% de los miembros hábiles del Concejo solicitaron la reconsideración del acuerdo, la cual –aduce– fue declarada improcedente mediante una Resolución de Alcaldía [sic], con lo que quedó agotada la vía administrativa. Sostiene que, en consecuencia, esta última resolución sólo [sic] podía ser impugnada en un proceso contencioso administrativo, a pesar de lo cual el JNE ha declarado fundado un recurso de apelación interpuesto contra ella, ordenando su inmediata vacancia en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque.

El Procurador adjunto a cargo de los asuntos judiciales del JNE contesta la demanda manifestando que el literal u) del artículo 5º de la Ley N.º 26486 –Ley Orgánica del JNE–, en desarrollo del inciso 6) del artículo 178º de la Constitución, dispone que es competencia del JNE declarar la vacancia de los cargos elegidos mediante sufragio directo; que, conforme al artículo 23º de la LOM, el JNE debe resolver el recurso de apelación interpuesto contra el acuerdo del Concejo Municipal que declara o rechaza la vacancia solicitada; y que los actos de nepotismo que determinaron declarar vacante el cargo de Alcalde que ejercía el recurrente quedaron plenamente acreditados en sede del JNE, motivo por el cual se resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto. En suma –agrega–, la resolución del JNE ha sido expedida con plena observancia del derecho fundamental al debido proceso. Finalmente, sostiene que, sin perjuicio de lo expuesto, al pretenderse vía amparo dejar sin efecto una resolución emitida por el JNE, se afectan los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen que contra las resoluciones dictadas por el JNE, no procede recurso alguno.

El Quinto Juzgado Civil de Piura, con fecha 14 de marzo de 2005, declaró infundada la demanda, por considerar que el JNE ha actuado de conformidad con el artículo 23º de la LOM y sin afectar el derecho al debido proceso. Añade que la decisión jurisdiccional del JNE ha respetado la tutela procesal efectiva a la que hace referencia el inciso 8) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

La recurrida confirmó la apelada por sus mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### §1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, expedida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), que, tras declarar fundada la apelación presentada contra el acuerdo formalizado mediante Resolución de Concejo N.º 039-2004-CDC/A, ordenó la vacancia del recurrente en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, por la causal de nepotismo, prevista en el inciso 8) del artículo 22º de la Ley N.º 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–. A criterio del demandante, la referida resolución contraviene el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.
2. El asunto controvertido, exige, ante todo, que el Tribunal Constitucional determine (no por primera vez -*Cfr.*, por todas, la STC 2366-2003-AA/TC-), si los artículos 142º y 181º de la Constitución,

instituyen a una resolución del JNE como una zona exenta de control constitucional y, consecuentemente, exceptuada de ser sometida a una evaluación de validez constitucional mediante el proceso de amparo previsto en el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución.

El precitado artículo 142º, dispone:

*“No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.” [sic]*

Por su parte, el artículo 181º, establece que:

*“El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.*

## §2. La Constitución como norma jurídica

3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso –de la mano del principio político de soberanía popular– al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

4. A partir de entonces, el asunto se hizo bastante elemental y se tiene expuesto así desde hace más de 200 años:

“¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos. (...) Está claro que todos aquellos que han dado vida a la Constitución escrita la han concebido como el Derecho fundamental y supremo de la nación. (...). Quienes niegan el principio de que los Tribunales deben considerar la Constitución como derecho superior, deben entonces admitir que los jueces deben cerrar sus ojos a la Constitución y regirse sólo [*sic*] por las leyes.” [*sic*] <sup>86</sup>

5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”<sup>87</sup>, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.
6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51<sup>88</sup>), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45<sup>89</sup>) o de la colectividad en general (artículo 38<sup>90</sup>) puede vulnerarla válidamente.

86 Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el Caso *Marbury v. Madison* (1803). Texto tomado de: Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 111-112.

87 Concepto al que acude con frecuencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (*Vid.* Res. 2004-09992, de fecha 8 de septiembre de 2004, recaída en el Exp. 03-004485-0007-CO, mediante la cual se declara la inconstitucionalidad del acuerdo del Poder Ejecutivo de brindar apoyo a la “Coalición” de países que incurrió en acciones bélicas en Iraq), cuyas competencias materiales resultan sustancialmente idénticas a las de un Tribunal Constitucional.

88 Artículo 51º de la Constitución.- *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...).*

89 Artículo 45º de la Constitución: *El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...).*

90 Artículo 38º de la Constitución.- *Todos los peruanos tienen el deber de... respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*

### §3. El Tribunal Constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución

7. Pero, ¿tiene algún sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que escapan al control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional?, ¿es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce, y a la par sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales?.

Es inherente a la condición jurídica de una norma la capacidad de exigir su cumplimiento jurisdiccionalmente. La ausencia de éste [sic] determina la negación de aquella. Es por ello que Werner Kaegi sostenía:

“dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes.” [sic]<sup>91</sup>

En efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.

Pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado (artículo 201<sup>º</sup> de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este Colegiado.

8. A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200<sup>º</sup> de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.
9. Es este marco, corresponde al Tribunal Constitucional dirimir en última o única instancia los procesos constitucionales (artículo 202<sup>º</sup> de la

91 Kaegi, Werner: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147.

Constitución). A través de sus sentencias, en su condición de supremo intérprete de la Constitución (artículo 201<sup>o</sup> de la Constitución y 1<sup>o</sup> de la Ley N.º 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)–), no sólo *[sic]* cumple una función de valoración, sino también pacificación y ordenación.

10. Como se ha tenido oportunidad de referir:

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

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

La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones, persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose *[sic]* como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.” *[sic]*<sup>92</sup>

11. El Tribunal Constitucional aprecia que los problemas suscitados con relación a los artículos 142<sup>o</sup> y 181<sup>o</sup> de la Constitución, se encuentran en estrecha vinculación con su interpretación. Por ello, considera pertinente abordar algunos puntos relacionados con los métodos de interpretación constitucional y su objeto.

#### §4. Principios de interpretación constitucional

12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo –subsunción del hecho– consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático

92 STC 0048-2004-AI, Fundamentos 2 y 3.

e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son <sup>93</sup>:

- a) *El principio de unidad de la Constitución*<sup>94</sup>: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) *El principio de concordancia práctica*<sup>95</sup>: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).
- c) *El principio de corrección funcional*<sup>96</sup>: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) *El principio de función integradora*<sup>97</sup>: El “producto” de la interpretación sólo [*sic*] podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos [*sic*] con la sociedad.

93 Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

94 Vid. STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.

95 Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.

96 Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (vg. la reciente STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI —acumulados—).

97 Vid. STC 0008-2003-AI, Fundamento 5;

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*<sup>98</sup>: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo [sic] parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 142º y 181º de la Constitución.

## §5. La inconstitucionalidad de la interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución

13. Llegados a este punto, alguno puede haberse preguntado: ¿cómo puede el Tribunal Constitucional sostener que la Constitución es norma jurídica vinculante, y, no obstante, haber expedido la STC 2366-2003-AA, contraviniendo (sic) el “claro mandato” de los artículos 142º y 181º de la Constitución que establecen, respectivamente, que las resoluciones del JNE en materia electoral “no son revisables en sede judicial” y que “son dictadas en instancia final, definitiva, y (...) contra ellas no procede recurso alguno”?
14. Las sentencias 0010-2002-AI –expedida en el caso sobre la legislación antiterrorista–; 0023-2003-AI, –expedida en el caso sobre la Ley Orgánica de la Justicia Militar y el Código de Justicia Militar–; 0004-2004-CC –sobre el conflicto de competencias surgido entre el Poder Judicial y el Congreso de la República–; 0019-2005-HC –sobre la “ley de arresto domiciliario”–; 0020-2005-AI / 0021-2005-AI –sobre el conflicto de competencias suscitado entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco–, son sólo [sic] algunas muestras, entre las muchas existentes, con las que este Colegiado ha demostrado que a los métodos jurídicos y de argumentación constitucional (función de valoración), acompaña una cabal conciencia de la realidad social, buscando aliviar los conflictos intersubjetivos e interinstitucionales (funciones de ordenación y pacificación).

Por ello no puede escapar a la consideración de este Tribunal que la pregunta planteada es el resumen fiel de la preocupación expuesta por algún sector. Y por ello, es consciente de que, si pretende desvirtuarla, debe hacerlo en términos que no sólo [sic] pueda comprender el técnico en Derecho, sino el propio ciudadano.

98 Vid. STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

15. La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una “aparente” contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta [sic] en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.
16. Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima.
17. Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente?.
18. Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE.

Si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo

acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º, *in fine*, de la Carta Fundamental.

En otras palabras, el “producto” resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, “sacrifica” los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección.

19. La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177º de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de corrección funcional, el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer las decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 100º de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitución, supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º de la Constitución y artículo 1º de la LOTC)<sup>99</sup>.

20. Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142º y 181º de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta

99 Vid. STC 3760-2004-AA; STC 3238-2004-AA y STC 2791-2005-PA.

materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

Asunto distinto se presenta cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone. Ello tendría lugar, claro está, si se expide una resolución contraria a los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

Sería, por ejemplo, absurdo sostener que porque el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la nulidad de una sentencia expedida por un juez penal o civil que contravenga los derechos fundamentales, tiene capacidad de administrar justicia penal o civil. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a administrar justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental (primer párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional), para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que administran justicia electoral.

Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).

21. De conformidad con el artículo 93º de la Constitución, los Congresistas de la República no están sujetos a mandato imperativo. No obstante, las leyes expedidas por el Congreso, órgano independiente y autónomo, son susceptibles de control constitucional, mediante el proceso de inconstitucionalidad (artículo 200º 4).

De conformidad con el artículo 139º 2 de la Constitución, el Poder Judicial también goza de independencia y autonomía; sin embargo,

como no podría ser de otro modo en un Estado que se precie de ser Constitucional, sus resoluciones (incluso las de la Corte Suprema de la República) son susceptibles de control constitucional mediante los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus.

Incluso, existe también una disposición constitucional que expresamente establece que “ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada” (artículo 139º 2) y, sin embargo, hoy en día a nadie se le ocurre sostener que las resoluciones firmes emanadas de un proceso en el que han existido violaciones a los derechos fundamentales, están exceptuadas de control constitucional mediante los procesos de amparo o hábeas corpus. Son los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica y de fuerza normativa de la Constitución, los que han permitido que esta última tesis se consolide sin reparo (artículo 4º del Código Procesal Constitucional).

Lo propio se podría señalar en torno a la justicia militar, cuya excepcionalidad y autonomía del Poder Judicial está reconocida en los artículos 139º 1 y 173º; sin embargo, no se encuentra exceptuada del control constitucional, a través de los procesos de amparo o hábeas corpus.

No existe, pues, justificación constitucional alguna para que el JNE se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

## **§6. Los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como Derecho Interno**

22. Tal como lo dispone el artículo 55º de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.
23. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta

Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

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

24. De ahí que el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, no sólo *[sic]* se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205º de la Constitución:

“Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.” *[sic]*

Es también en base a estas consideraciones que debe ser analizada la aplicación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, según la cual las resoluciones del JNE en materia electoral no pueden ser objeto de control constitucional, incluso en los supuestos en los que resulten contrarias a los derechos fundamentales.

25. En criterio de este Tribunal, resulta manifiesto que dicha aplicación se opone a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst.).

En efecto, el artículo 8º 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.” [sic]

Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25º, refieren:

- “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
  2. Los Estados partes se comprometen:
    - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;
    - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
    - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.” [sic]
26. Sobre el particular; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido:

“(…) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo [sic] respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos [sic] que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.” [sic] <sup>100</sup>

Para posteriormente afirmar que:

100 Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23.

“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25º), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1º), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.” [sic] <sup>101</sup>

27. Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte ha referido:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...).

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones [sic] del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana.” [sic] <sup>102</sup>

28. Es en base a tales premisas que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho

101 Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente.

102 Caso Tribunal Constitucional, Etapa de fondo, Sentencias del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71

derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.

29. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua (sentencia del 23 de junio de 2005) la Corte Interamericana expuso:

“Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste [*sic*] debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...).” [*sic*]<sup>103</sup>

103 Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.

30. Las similitudes con el caso peruano son manifiestas. El artículo 173º de la Constitución nicaragüense es sustancialmente análogo a los artículos 142º y 181º de la Constitución peruana. Y el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua tiene en el JNE peruano a su homólogo.

Insistir en una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. No sólo [*sic*] es facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

31. Así las cosas, una interpretación aislada de los artículos constitucionales *sub exámine*, resulta incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 8º 1 y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
32. Son, justamente, aplicaciones literales de los artículos 142º y 181º de la Constitución, las que han ocasionado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostenga lo siguiente:

“En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio N.º 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no son protegibles en el Derecho Interno.” [*sic*] <sup>104</sup>

Sobre tal premisa, recomendó al Estado peruano:

“Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo,

104 Informe N.º 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55.

en los términos del artículo 25º (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos.” [sic] <sup>105</sup>

Cabe señalar que en este Informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que en reiteradas comunicaciones el Estado peruano puso en su conocimiento la existencia de diversas iniciativas de modificación de la legislación electoral, allanándose a la denuncia planteada en su contra, a pesar de lo cual, hasta la fecha de la publicación del Informe, ninguna había sido adoptada.<sup>106</sup>

33. El Tribunal Constitucional considera, sin embargo, que, tal como ocurriera en su oportunidad con el artículo 173º de la Constitución (relacionado a las competencias de la jurisdicción militar<sup>107</sup>), la reforma de los artículos 142º y 181º resulta innecesaria, pues por vía de una interpretación constitucional adecuada, su contenido normativo es susceptible de compatibilizarse con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales relacionados con la materia.
34. Por lo demás, debe enfatizarse que la imposibilidad de optar por una lectura aislada del artículo 142º del [sic] la Constitución no sólo [sic] ha sido establecida por este Tribunal en lo que al control de constitucionalidad de las resoluciones del JNE en materia electoral se refiere (STC 2366-2003-AA), sino también en lo que respecta a las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, las cuales, al amparo de dicha aislada interpretación, tampoco serían susceptibles de ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional.

En efecto, desde la expedición de la STC 2409-2002-AA, en criterio que este Colegiado tiene reiterado en más de 200 sentencias, quedó establecido que:

“(…) cuando el artículo 142.º de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, (...) el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un

105 Op. cit., punto 1 de la parte resolutive.

106 Idem, párrafo 93.

107 Cfr. STC 0010-2002-AI, Fundamentos 41 a 54.

ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201.º y 202.º de nuestro texto fundamental.” [sic]

35. En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar que toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los poderes públicos.

Todo juez y tribunal de la República –sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales–, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

### **§7. Criterios para un oportuno control constitucional de las resoluciones jurisdiccionales del JNE**

36. Como quedó dicho en el Fundamento 33, *supra*, en criterio del Tribunal Constitucional, el conflicto, *strictu sensu*, no reside en las disposiciones

142º y 181º de la Constitución, sino en la inconstitucional interpretación y consecuente aplicación literal y aislada que de ellas pretenda hacerse. Por ello, no corresponde concentrar el análisis en si pueden o no ser objeto de control constitucional las resoluciones del JNE en materia electoral que violen derechos fundamentales, pues no cabe duda de que lo son, sino en determinar cómo debe operar dicho control constitucional.

37. De conformidad con los tratados y la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, y con el criterio sostenido en la STC 2366-2003-AA, en el que este Colegiado se reafirma, el inciso 8) del artículo 5º del CPConst., establece que son objeto de control constitucional las resoluciones del JNE que violen la tutela procesal efectiva. El artículo 4º de la misma norma, refiere que:

“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.” [sic]

Consecuentemente, la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo [sic] emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del CPConst.

38. Sin embargo, no es menos cierto que la seguridad jurídica –que ha sido reconocida por este Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución<sup>108</sup>–, es pilar fundamental de todo proceso electoral. En efecto, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176º de la Constitución), no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica

108 Vid. STC 0016-2002-AI, Fundamentos 3 y 4.

del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica).

39. En tal virtud, este Colegiado considera necesario precisar los siguientes aspectos:
- a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201º de la Constitución y artículo 1º de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del CPConst.).
  - b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC –artículos 178º, 182º y 183º de la Constitución–), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular; a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo [sic] tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar; de conformidad con el artículo 1º del CPConst.<sup>109</sup>.
  - c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral,

“debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los

109 Segundo párrafo del artículo 1º del CPConst.: *Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.*

derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”<sup>110</sup>,

ha establecido que:

“dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”<sup>111</sup>.

Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo [*sic*] apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 107º de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumárisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13º del CPConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

Estas medidas no sólo [*sic*] garantizarán la seguridad jurídica del proceso electoral, sino que también permitirán la oportuna protección de los derechos fundamentales. Debe recordarse cómo, por ejemplo, a pesar de

110 Caso Yatama vs. Nicaragua, Op. cit. párrafo 175.

111 Idem.

haberse acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE del derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º 24 e. de la Constitución) de un ciudadano y, como consecuencia de ello, la afectación de su derecho político a ser candidato a un cargo público (artículos 2º 17, 31º y 35º de la Constitución), la ausencia de plazos perentorios en los procesos de amparo orientados a la protección de derechos fundamentales políticos, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, determinó la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior; al haber devenido dichas afectaciones en irreparables<sup>112</sup>.

## §8. Análisis de constitucionalidad del caso planteado

40. El argumento del recurrente para solicitar la nulidad de la Resolución N.º 315-2004-JNE, que resolvió vacarlo en el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque-Piura, por causal de nepotismo, es que la apelación interpuesta contra la Resolución de Concejo N.º 039-2004-CDC/A, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de reconsideración del Acuerdo de Concejo que rechazó la solicitud de vacancia planteada en su contra por un ciudadano, debió ser dirimida en un proceso contencioso administrativo, y no por el JNE.

En otras palabras, acusa una supuesta afectación de su derecho fundamental al debido proceso, pues considera que el JNE era incompetente para pronunciarse sobre el asunto.

41. La pretensión del recurrente carece de todo sustento constitucional. En efecto, sucede que en desarrollo del inciso 6) del artículo 178º de la Constitución, el artículo 23º de la LOM, establece que los recursos de apelación contra los Acuerdos de Concejo Municipal que resuelven la reconsideración planteada contra una decisión del propio Concejo en relación con una solicitud para vacar al Alcalde, son resueltos por el JNE.

De este modo, el JNE resultaba plenamente competente para conocer el asunto, lo que, por lo demás, está reafirmado por el artículo 5º u. de la Ley N.º 26486 -Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones-.

42. Al conocer el caso, el JNE encontró plenamente acreditada la causal de nepotismo que determinaba la vacancia del demandante en el cargo de Alcalde, tal como se encuentra previsto en el inciso 8) del artículo 22º de la LOM.
43. En tal sentido, lejos de acreditar la afectación de derecho fundamental alguno, el recurrente pretende que este Colegiado se subrogue en una

112 Vid. STC 2366-2003-AA.

interpretación de la legislación electoral acorde con la Constitución, es decir, en la administración de justicia electoral que el inciso 4) del artículo 178º de la Constitución confía al JNE, lo que, a todas luces, resulta inaceptable. Por tanto, la demanda debe ser desestimada.

## §9. El Informe Técnico de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia

44. Conforme al artículo 4º de la Ley Orgánica del Sector Justicia, corresponde al Ministerio de Justicia:

“velar por la vigencia del imperio de la Ley, el derecho y la justicia.” [sic]

Asimismo, el artículo 5º de la misma norma, establece que:

“Corresponde al Ministerio de Justicia, el asesoramiento legal al Poder Ejecutivo y especialmente al Consejo de Ministros; así como promover una eficiente y pronta administración de justicia (...).” [sic]

45. Mediante Oficio N.º 1209-2005-JUS/DM, de fecha 7 de noviembre de 2005, el señor Ministro de Justicia ha remitido a este Tribunal el Informe N.º 145-2005-JUS/CNDH-SE/CESAPI, de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos.

En dicho Informe, luego de efectuarse un extenso análisis respecto a los alcances del artículo 25.1 de la Convención, que reconoce el derecho de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, y a la interpretación de mismo realizada a través de sus sentencias y opiniones consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (recogida, en su mayoría, en el punto §6 de esta sentencia), se concluye en que:

- “a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que instituciones como el hábeas corpus (y el amparo) resultan mecanismos sencillos y rápidos para proteger derechos humanos. Si en Estados de Emergencia, cuando se permite que el Estado restrinja lícitamente la vigencia de ciertos derechos, no se suspenden las garantías judiciales o procesales indispensables para proteger los derechos que forman parte del núcleo duro de

los derechos humanos, tampoco se puede permitir su restricción en períodos ordinarios, en los que rige en toda su extensión la Convención Americana y los derechos fundamentales.

- b) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría estimarse que permitiría que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, en base a los artículos 142º y 181º de la Constitución Política del Perú, puedan ser examinadas a través del proceso de amparo. De momento, no ha habido ningún caso del Perú que haya sido resuelto por la Corte Interamericana en este punto específico.
- c) Actualmente, el Ministerio de Justicia no ha promovido medida alguna para posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que afecten los derechos fundamentales.” [sic]

46. El Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en el sentido de que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, en los términos del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos.
47. De otra parte, si bien es cierto que aún [sic] no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido.

En consecuencia, es deber del Estado regular un proceso constitucional sumario de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De acuerdo con los artículos 201º de la Constitución y 1º de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, *supra*, establece que toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.

Todo juez y tribunal de la República –sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales– se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

3. De conformidad con el Fundamento 39 b), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo [*sic*] tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPConst.
4. En observancia del artículo 107º de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 39 c), *supra*, este Tribunal propone al Congreso de República introducir en el CPConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
  - Que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
5. Poner en conocimiento del Congreso de la República y del JNE la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 2802-2005-PA/TC  
PIURA  
JULIA MABEL  
BENAVIDES GARCÍA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Julia Mabel Benavides García contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 86, su fecha 10 de febrero de 2005, que declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de octubre de 2004, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura solicitando que se deje sin efecto el acta de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, levantada por la entidad demandada de manera arbitraria, vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso. Sostiene que en el mes de agosto de 2004 solicitó a la municipalidad emplazada el otorgamiento de una licencia provisional de funcionamiento para su establecimiento comercial “Así es mi tierra”, ubicado en la Av. Las Gardenias N.º 300, así como el correspondiente certificado de zonificación, el cual tuvo un retardo indebido en su entrega, razón por la cual su local fue multado en dos ocasiones y, posteriormente, clausurado.

La Municipalidad Provincial de Piura contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, alegando que el local de la recurrente fue clausurado por carecer de la autorización municipal de funcionamiento, de acuerdo al Reglamento de Aplicación de Sanciones aprobado mediante Ordenanza N.º 026-2004-C/CPP.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con fecha 24 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que la recurrente no acredita contar con licencia municipal de funcionamiento, y que la vía del amparo no es la adecuada para otorgar derechos, pues solo protege los ya existentes, agregando que de lo actuado se advierte, que la municipalidad demandada ha actuado en ejercicio de sus funciones, desvirtuándose toda arbitrariedad.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que la clausura cuestionada en el presente proceso constituye una sanción administrativa por el incumplimiento de disposiciones municipales, y que, en ese sentido, estas debieron previamente impugnarse.

## FUNDAMENTOS

1. La parte demandante denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, y, por ello, solicita que se deje sin efecto el acto de clausura de establecimiento de fecha 16 de octubre de 2004, ordenado por la municipalidad emplazada.

### §1. La libertad de trabajo como derecho accesorio a la libertad de empresa

2. Respecto a la libertad de trabajo, este Colegiado ha precisado, en la STC N.º 3330-2004-AA/TC, que es una manifestación del derecho al trabajo, y que se define como el derecho a elegir libremente una profesión u oficio. Por ello, el Estado no sólo *[sic]* debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27.º de la Constitución), sino que, además, debe garantizar la libertad de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para la subsistencia; es decir, debe proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia, ejerciendo la libertad de empresa que la Constitución reconoce.
3. A su vez, la libertad de empresa, conforme lo ha considerado este Tribunal Constitucional en la referida sentencia, es el derecho que tiene toda persona a elegir libremente la actividad ocupacional o profesión que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; precisando que “(e)llo es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59.º reconoce que «el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria».

De la mencionada sentencia se desprende que el derecho a trabajar libremente, en el ámbito del otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, resulta siendo accesorio respecto al derecho a la libertad de empresa. Es en dicho ámbito que, a lo largo del desarrollo de la presente sentencia, la libertad de trabajar libremente será considerada como derecho accesorio de la libertad de empresa.

4. La libre voluntad de crear una empresa es un componente esencial del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad. En ese aspecto, por ejemplo, las municipalidades son competentes, según lo señala la Constitución en su artículo 195.º, inciso 8), concordante con el inciso 4) del citado artículo, para “(d)esarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley”; es decir, en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento del derecho a la libertad de empresa estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa permisión municipal.
5. En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesorio del derecho a la libertad de trabajo, este Supremo Tribunal en la citada sentencia [sic] N.º 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer [el] derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...).” [sic] La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo

38.º del Código Procesal Constitucional, “(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

6. Asimismo, este Tribunal consideró, en concordancia con lo establecido por el artículo 9.º del Código Procesal Constitucional, que si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo [sic] en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

## §2. **La libertad de empresa y la regulación de actividades y servicios de competencia municipal**

- 8.\* Como se ha señalado en el fundamento N.º 5, *supra*, las municipalidades, por mandato constitucional, son competentes para regular actividades y servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte, dentro del marco legal correspondiente. En ese sentido, en el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores.

---

\* En los fundamentos de la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, extraído de la página web del Tribunal Constitucional, se lee: “8”, “9”, “10”, “11”, “12”, “13”, “14”, “15”, “16”, “17” y “18”; debiendo decir: “7”, “8”, “9”, “10”, “11”, “12”, “13”, “14”, “15”, “16” y “17”.

9. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que siempre que en los casos reseñados en el fundamento N.º 8, *supra*, se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate [sic] una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios vertidos en los fundamentos N.ºs 4 a 8, *supra*. Dichos criterios serán también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.

### **§3. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional**

10. Con relación a la presunta afectación del derecho a la libertad de trabajo de la recurrente, según ella misma lo reconoce expresamente en su escrito de demanda, su local comercial no cuenta con licencia de funcionamiento expedida por la autoridad municipal; en consecuencia, en concordancia con lo expuesto en el fundamento N.º 6, *supra*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo.
11. En cuanto a la alegada vulneración del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la STC N.º 1042-2002-AA/TC, este Colegiado subrayó que su contenido esencial está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido inevitablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.
12. Al respecto, este Tribunal considera que de lo actuado no se acredita fehacientemente que la administración municipal se haya negado a otorgar una respuesta a la solicitud de la recurrente, debido a que no ha adjuntado el documento que acredite la petición realizada, pues la fotocopia de la solicitud para licencia municipal presentada como anexo del escrito de demanda, obrante a fojas 15 de autos, se encuentra sin llenar; no contiene, por tanto, dato alguno referente a la recurrente. Por tal motivo, en cuanto a la invocada vulneración del derecho de petición de la recurrente, la demanda también debe declararse improcedente.

13. Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado su [sic] derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, aduciendo que ha clausurado su establecimiento sin que exista una resolución expedida por el órgano correspondiente dentro de un proceso administrativo. Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139.º de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo [sic] se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos. Este enunciado ha sido recogido por el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, que define la tutela procesal efectiva como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio y a la igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. En consecuencia, el debido proceso forma parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta en las denominadas garantías que, dentro de un *íter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución.
14. Según se desprende del acta de clausura de establecimiento obrante a fojas 14 de autos, el 16 de octubre de 2004, fecha en que se produjo, el demandante no contaba con licencia de funcionamiento, razón por la cual le era perfectamente aplicable la Ordenanza N.º 026-2004-C/PPP de fecha 27 de agosto de 2004. La mencionada ordenanza, que aprueba el Reglamento de Aplicación de Sanciones, establece la sanción de clausura a aquellos locales que no cuenten con la autorización de funcionamiento correspondiente (artículo 36.º). Asimismo, el artículo 16.º de la referida ordenanza dispone que no ameritan notificación previa las infracciones cometidas por omisión de trámites que son de conocimiento general, como es el caso de la autorización municipal, la cual debe obtenerse antes de abrir un establecimiento comercial.
15. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que la recurrente tampoco ha acreditado en autos que la actuación de la emplazada haya vulnerado sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, definidos en el fundamento N.º 13, *supra*;

razón por cual la demanda también resulta improcedente en dichos extremos.

#### §4. Remisión de lo actuado a la vía contencioso-administrativa

16. Sin perjuicio de lo antes señalado, y teniendo en cuenta que la recurrente alega haber cumplido con todos los requisitos para obtener la licencia de funcionamiento solicitada, y que, pese a ello, la administración edil de manera arbitraria no expide dicho documento, este Colegiado considera, de conformidad con el criterio vertido en el fundamento N.º 7, *supra*, que la presente demanda debe ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.
17. Por lo tanto, tomando en consideración que la demanda debe derivarse a la vía contencioso-administrativa, son aplicables al presente caso, *mutatis mutandis*, las reglas procesales establecidas en los fundamentos N.ºs 53 a 58 de la STC N.º 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

#### §5. Precedente vinculante

18. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la vía en la que corresponderá que se atiendan las acciones de amparo comprendidas en los suéostos [sic] de improcedencia, siendo de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes, debiendo ser encausadas, conforme a los criterios expuestos, en la vía contencioso-administrativa.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme lo dispone el fundamento N.º 17, *supra*.

3. Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N.ºs 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N.º 18, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 1333-2006-PA/TC  
LIMA  
JACOBO ROMERO QUISPE

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de enero de 2006, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacobo Romero Quispe contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 168, su fecha 22 de febrero de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 16 de abril de 2004, el recurrente, invocando la violación y amenaza de violación, entre otros, de sus derechos constitucionales a la dignidad, a no ser discriminado, al honor y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), a fin de que se declaren inaplicables el Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, en la parte que lo declara postulante no apto para el Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos materia de la Convocatoria N.º 002-2003, debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declaró infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión. Consecuentemente, solicita se le declare apto para el concurso público para cubrir vacantes de Fiscales Adjuntos Supremos, Vocales y Fiscales Superiores, Jueces Especializados y Mixtos, Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Provinciales, Jueces de Paz Letrado y Fiscales Adjuntos Provinciales, materia de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado. Manifiesta que el demandado convocó a concurso público para cubrir las plazas de Vocales

y Fiscales Supremos (Convocatoria N.º 002-2003-CNM), y que, habiendo cumplido todos los requisitos, postuló a la plaza de Vocal Supremo; que sin embargo, el demandado lo consideró no apto debido a que la Resolución N.º 500-2002-CNM no lo ratificó en el cargo de Juez Mixto del Cono Norte de Lima. Expresa que, interpuesto el recurso de reconsideración, éste [sic] fue desestimado mediante la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, y que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los jueces y fiscales no ratificados sí tienen derecho a postular nuevamente a la magistratura y, por ende, de acceder a la carrera judicial; que por tanto, no existe impedimento alguno para ser considerado apto como postulante a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, a la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como a futuras convocatorias.

El Consejo Nacional de la Magistratura contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y manifiesta que la decisión de declarar al recurrente no apto se sustenta en el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución y en el artículo 30.º de su Ley Orgánica; que, respecto a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, el concurso ya concluyó y, por ende, existe una irreparabilidad del supuesto acto lesivo. Consecuentemente, alega que no ha vulnerado derecho constitucional alguno, sino que, por el contrario, ha actuado conforme a la Constitución y la ley. Aduce, además, que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser consideradas vinculantes, pues fueron emitidas por Sala, y no por el Pleno.

El Procurador Público competente contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada. Alega que de la demanda fluye que no concurren los presupuestos previstos por los artículos 2.º y 3.º de la Ley N.º 23506; que el acuerdo cuestionado no lesiona derechos fundamentales, pues se sustenta en el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución y en el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura; que las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que lo obligue a su cumplimiento, y que, en todo caso, existe sustracción de la materia, toda vez que la Convocatoria N.º 002-2003-CNM ya cumplió su finalidad.

El Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de octubre de 2004, declaró improcedente la demanda, por estimar que, si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha considerado que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente, sea al Poder Judicial o al Ministerio Público, también ha exhortado a una reforma constitucional que defina mejor los contornos de la institución, lo que implica que el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución conserva su eficacia, por lo que tal prohibición debe mantenerse mientras no sea reformada. Con respecto a las Convocatorias materia de autos, considera

que los concursos ya concluyeron, de modo que la violación se ha tornado irreparable; y, con respecto a las convocatorias futuras, estima que no se ha acreditado que la amenaza sea cierta y de inminente realización [sic].

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

### Petitorio de la demanda

1. Conforme aparece de autos (fojas 13), mediante la demanda de amparo incoada el recurrente persigue, por un lado, que se declaren inaplicables el acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura derivado de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM –Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos–, que lo declara postulante no apto en virtud de que anteriormente no fue ratificado por dicho Colegiado sin motivación alguna –a través de la Resolución N.º 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002–, así como la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declara infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión, todo lo cual considera que constituye una clara **violación** de los derechos que invoca; por otro lado, como consecuencia de lo anterior, e invocando la **amenaza** de violación de sus derechos constitucionales, pretende se le declare apto para efectos de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el emplazado.

### Consideraciones Preliminares

2. Según se aprecia de los documentos que corren a fojas 2, 3 y 9 de autos, así como de la contestación de la demanda (fojas 66, *in fine*) el recurrente se presentó como postulante a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos, habiendo sido declarado no apto por ostentar la condición de no ratificado; ante dicha situación, con fecha 19 de enero de 2004 interpuso el recurso de reconsideración de fojas 4 a 7 de autos, el cual fue desestimado por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante la Resolución N.º 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004 (fojas 9), en aplicación del inciso 2) del artículo 154º de la Constitución, toda vez que en el año 2002 no fue ratificado en el cargo de Juez Mixto del Distrito Judicial del Cono Norte sin motivación alguna, conforme a la Resolución N.º 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002.
3. En tal sentido, y en vista de que, según fluye de la parte considerativa de la Resolución N.º 034-2004-CNM, el Consejo Nacional de la

Magistratura declaró al actor no apto en su postulación en virtud de lo establecido por el artículo 154.2º de la Constitución –argumento que, por lo demás, ha sido continuamente expuesto por el emplazado, y además ha servido de sustento a las instancias precedentes para desestimar la demanda– conviene reiterar, *mutatis mutandi*, lo expuesto en el Fundamento N.º 5 de la STC N.º 1941-2002-AA/TC, esto es, que *en materia de derechos fundamentales, el operador jurídico no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelando a dicho criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes.*

### **Los pronunciamientos de este Tribunal respecto de los alcances del artículo 154.2 de la Constitución Política del Perú**

4. La controversia de autos, respecto de los alcances del artículo 154.º, inciso 2), de la Ley Fundamental, no es una materia nueva para este Colegiado. En efecto, en las STC N.ºs 1941-2002-AA/TC, 1525-2003-AA/TC, 2731-2003-AA/TC, y más recientemente, a través de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.
5. Así, este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún [*sic*] más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.
6. La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como se ha expuesto, ésta [*sic*] no constituye una sanción, sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la

Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

7. Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional (“Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste [*sic*] el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.
8. Lo expuesto en los Fundamentos 5 a 7 constituye la posición de este Colegiado respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución. Quiere todo ello decir, en resumidas cuentas, que si se asume que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce la institución emplazada, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, *para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.*
9. En tal momento, conviene señalar que en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un nuevo precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ya se ha referido en forma, por demás extensa, a las características y parámetros a seguir; a las funciones constitucionales y a las garantías de la tutela procesal efectiva en

el proceso de ratificación, así como a las consecuencias de la no ratificación. En ese sentido, no es el objetivo de este Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, y en vista de los alegatos del Consejo Nacional de la Magistratura, efectuar las precisiones que a continuación se explican, y que resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia de autos.

10. En principio, y dado que a fojas 66 de autos el Consejo Nacional de la Magistratura alega que las sentencias expedidas por este Colegiado no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que la obligue a su cumplimiento (sic), cabe formular algunas precisiones previas.
11. Por un lado, en la STC N.º 3741-2004-AA/TC este Colegiado ha establecido las diferencias entre la llamada jurisprudencia constitucional, presente desde la anterior legislación sobre procesos constitucionales, y el precedente vinculante, de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.
12. Y, por otro lado, cabe reiterar que en el Fundamento N.º 8 de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, dejó claramente sentada su posición en el sentido de que "(...) los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*. En dichos casos, los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tenía respaldo en la interpretación que este Colegiado había efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo

154.º, inciso 2), de la Constitución”. Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutive, que el susodicho Fundamento N.º 8 tiene fuerza vinculante.

13. Hechas las precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, como en anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial.
14. No debe perderse de vista que el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso *sui géneris*, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución, como el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato.

### Análisis del Caso Concreto

15. Conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 1, *supra*, dos son las cuestiones que entraña la demanda de autos: por un lado, la denunciada **violación** de los derechos del actor, constituida por la declaración de no apto para la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, así como la Resolución N.º 034-2004-CNM; y, por otro, la **amenaza** de violación de sus derechos constitucionales, para efectos de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM y las futuras convocatorias que realice el emplazado Consejo Nacional de la Magistratura.

16. Si bien es cierto, que, respecto de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM, la vulneración invocada se habría tornado irreparable, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, y atendiendo al agravio producido, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda de autos.
17. Consecuentemente y atendiendo al agravio producido, el Tribunal Constitucional no sólo [*sic*] puede, sino que debe emitir pronunciamiento respecto de la controversia planteada.

### **La invocada violación de los derechos constitucionales: La Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM**

18. Como ya se ha adelantado, respecto de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N.º 034-2004-CNM, la vulneración invocada se ha tornado irreparable, en la medida en que a la fecha de vista ante este Tribunal, el concurso público correspondiente culminó con el acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura de fecha 9 de marzo de 2004, lo cual, como ha quedado dicho, no impide emitir un pronunciamiento de fondo.
19. No obstante ello –la irreparabilidad manifiesta– y con arreglo a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 4 a 14, *supra*, el Tribunal Constitucional estima que la decisión de declarar al recurrente como no apto para efectos de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM –Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos– debido a su condición de no ratificado, resulta contraria al inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución –derecho a no ser discriminado–, toda vez que, asumida la tesis de que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentre impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación, cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º, inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.
20. En tal sentido, y al margen de que en el presente extremo de la demanda exista una situación de irreparabilidad, es necesario, en atención al

agravio producido, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, declarar fundada la demanda, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior a la violación de los derechos constitucionales lo cual, evidentemente, resulta imposible, sino con el propósito de evitar, a futuro, que el hecho de no haber sido ratificado no se esgrima como causal, impedimento u obstáculo para postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por ende, para sortear las etapas de eventuales procesos de selección y nombramiento de magistrados.

### **La invocada amenaza de violación de los derechos constitucionales: Las futuras convocatorias del Consejo Nacional de la Magistratura**

21. De igual manera sucede con la Convocatoria N.º 001-2004-CNM y el correspondiente concurso público –que al momento de interponerse la demanda de autos aún [*sic*] no se había iniciado– toda vez que, a la fecha de vista ante este Colegiado, el proceso de selección y nombramiento de magistrados materia de dicha convocatoria ya ha culminado, con lo cual la amenaza invocada ha devenido en irreparable. Sin embargo, y conforme a lo anterior (Fundamentos N.ºs 19 y 20), queda claro que existía una posibilidad real y concreta de que el recurrente sea declarado no apto por ostentar la condición de no ratificado y, por ende, una amenaza cierta e inminente de violación de su derecho constitucional a no ser discriminado.
22. Por lo demás, el recurrente también manifiesta que, respecto de las futuras convocatorias que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, existe una amenaza de violación de sus derechos constitucionales.
23. En tal sentido y, teniendo en cuenta que, como se ha visto anteriormente, el recurrente ya ha sido descalificado –declarado no apto para el Concurso Público materia de la Convocatoria N.º 002-2003-CNM– debido a su condición de no ratificado inmotivadamente, el Tribunal Constitucional estima, en concordancia con lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, que resulta evidente la existencia de una amenaza de violación del derecho constitucional a no ser discriminado, previsto en el inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución Política del Perú, toda vez que, asumida la tesis de que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en dicha situación, el postulante se encuentre impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación, cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las

instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154.º, inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

### El precedente vinculante extraíble en el presente caso

24. Con el objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente en el artículo VII del Título Preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, y conforme a lo expuesto en la STC N.º 3741-2004-AA/TC, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. En ese sentido, el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente.
25. Bajo tales precisiones, este Tribunal estima que, sobre la base de lo expuesto a lo largo de la presente sentencia, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos :
  - a. **Regla Procesal** : El Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, cuando se estime una demanda por violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición de la propia Constitución por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, no obstante ser manifiestamente incongruente con ella misma o con la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los magistrados no ratificados que deseen postular nuevamente a la magistratura.

- b. Regla sustancial :** El Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154.2º, con el numeral 2.2º, ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a la Convocatoria N.º 002-2003-CNM, la Resolución N.º 034-2004-CNM y la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, de acuerdo con lo previsto por el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional, y conforme a lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 18 a 21, *supra*.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo en el extremo referido a la invocada amenaza de afectación de los derechos constitucionales materia de la demanda, respecto de las futuras convocatorias a concurso público que efectúe el Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a lo expuesto en el Fundamento N.º 23, *supra*; en consecuencia.
3. Declarar, conforme a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que la presente sentencia y, en particular, los Fundamentos N.ºs 4 a 14, como las reglas contenidas en el Fundamento N.º 25, *supra*, constituyen precedente vinculante.
4. Ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, y a todos los jueces de la República, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal, en el sentido de que los magistrados no ratificados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público y, por tanto, de reingresar a la carrera judicial.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**LANDA ARROYO**

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El proceso de amparo promovido por don Jacobo Romero Quispe contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declare inaplicable el Acuerdo del Pleno que lo declara postulante no apto para el concurso destinado a cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos, es oportunidad propicia para precisar, conforme lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional de la que este fundamento de voto es parte integrante, los procedimientos que deben ser aplicados en la selección de los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; pero, en mi concepto, también para analizar, resumidamente, los precedentes históricos, constitucionales, legales y fácticos que conciernen a la administración de justicia.

Con frecuencia se estudia desde la óptica puramente teórica las funciones que son asignadas a los poderes y órganos constitucionales y legales en cada una de las Constituciones, habitualmente numerosas, con las cuales ha discurrido y discurre la vida de las naciones que integran la América Latina. Cuando no se confronta la teoría constitucional con la realidad, histórica y actual, de dichas naciones, se llega, sin duda, a conclusiones equivocadas. Las Constituciones han servido, salvo pocas excepciones, para distorsionar la verdad que los pueblos han debido afrontar.

### I. LAS CONSTITUCIONES

El 17 de diciembre de 1823, la Junta Gubernativa del Perú, integrada por José de La Mar, Felipe Antonio Alvarado y el Conde de Vista-Florida dispuso se ejecute, guarde y cumpla, en todas sus partes, las Bases de la Constitución Peruana, aprobada por el Congreso Constituyente, instalado el 20 de setiembre de 1821. En ese Congreso tuvieron destacada participación Juan Antonio de Anduela, su presidente, y los representantes Javier de Luna Pizarro, José Faustino Sánchez Carrión, Gregorio Luna, Toribio Rodríguez de Mendoza, José Gregorio Paredes, Hipólito Unanue y muchos más.

En el artículo 10 de dichas Bases se declaró que:

**El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras.**

En el artículo 17 de las mismas Bases se estipuló que:

**El poder judicial es independiente. Los jueces son inamovibles y de por vida. En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho será reconocido y declarado por jurados, y la ley se aplicará por los jueces.**

El sistema de los jurados, institución propia del derecho penal anglosajón, no se aplicó en el Perú, a pesar de que varias de nuestras Constituciones lo establecieron.

En el Perú, la presencia militar en las mutaciones constitucionales resulta evidente: de las doce Constituciones, nueve fueron promulgadas por militares. El mariscal Torre Tagle promulgó la Constitución de 1823; el mariscal Santa Cruz, la de 1826; el mariscal La Mar, la de 1828; el mariscal Orbegoso, la de 1834; el mariscal Gamarra, la de 1839; el mariscal Castilla, las de 1856 y 1860; el general Prado, la de 1867; y el General Sánchez Cerro, la de 1933. Las Constituciones de 1920 y 1993 lo fueron por los regímenes autoritarios de Leguía y Fujimori; y la de 1979 por Haya de la Torre, presidente de la Asamblea Constituyente, que coexistió con el gobierno militar del general Francisco Morales Bermúdez.

Si se aplicara, por analogía, los conceptos de la Física, conforme a los cuales hay una fuerza centrípeta, que atrae, y una fuerza centrífuga, que expande, podría sostenerse que, en diversa medida, los gobiernos autoritarios, que concentran el poder, ejercen fuerzas centrípetas; y los gobiernos democráticos, que distribuyen el poder, ejercen fuerzas centrífugas.

## II. EL PODER JUDICIAL

Desde principios de la República, la Corte Suprema fue establecida en la capital de la República, pero transitoriamente funcionó en Trujillo. Además, fueron creadas las Cortes Superiores de Trujillo, Arequipa y Puno.

### 1. En la Constitución de 1823

La vocación democrática del Perú fue ratificada por la Constitución de 1823, declarando que:

**Artículo 27º.- El Gobierno del Perú es popular representativo.**

**Artículo 28º Consiste su ejercicio en la administración de los**

**tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en que quedan divididas las principales funciones del Poder Nacional.**

**Artículo 29º.- Ninguno de los tres Poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos.**

Empero, la realidad vivida por nuestra República acredita lo contrario.

En efecto, los golpes de Estado, francos o encubiertos, y los fraudes electorales determinaron que el sueño de nuestros próceres no se concretara, sino en muy pocas ocasiones. La usurpación de la Presidencia de la República incluyó la disolución del Congreso o su sumisión; y el Poder Judicial fue víctima constante de los otros Poderes.

La Constitución de 1823 se ocupó del Poder Judicial (Capítulo VIII). Declaró que reside exclusivamente en este Poder y en los Tribunales de Justicia y Juzgados subalternos en el orden que designen las leyes; que los jueces son inamovibles y de por vida, si su conducta no da motivo para lo contrario conforme a ley; y que habrá una Corte Suprema de Justicia que residirá en la capital de la República, compuesta de un Presidente, ocho Vocales y dos Fiscales, divididos en las Salas convenientes. La Constitución no determina qué ciudad es la capital de la República, ni indica cuántos Vocales componen cada Sala, pero hay que inferir –dado el número de Vocales– que serían sólo [sic] dos Salas integradas por tres Vocales. El otro Vocal y el Presidente intervendrían en los casos de vacancia, enfermedad, impedimento u otra causal.

Asimismo, la Constitución de 1823 estableció los requisitos para ser Vocal o Fiscal de la Corte Suprema; a saber: ser mayor de cuarenta años, ciudadano en ejercicio, haber sido “individuo” de alguna de las Cortes Superiores y, entre tanto se constituyeran, abogados en ejercicio cuando menos durante diez años y con reputación notoria.

Dentro de las 24 horas de producida la detención de una persona debía hacersele conocer la causa de su detención y toda omisión hacía a su autor responsable de atentado de la libertad personal.

Paralelamente fue constituido el Tribunal de Seguridad Pública, encargado de investigar y sancionar los delitos de sedición, traición e infidencia.

Mariano Felipe Paz Soldán (“Historia del Perú Independiente”, tomo segundo, pág. 38) escribe que:

Para garantizar la buena administración de justicia y hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, dictó (Bolívar) el famoso decreto de responsabilidad, que subsistió por muchos años (31 de Mayo de 1824). Según este decreto los Jueces y Magistrados no sólo [sic] eran responsables por sus faltas como jueces sino también como hombres, si eran irreligiosos, incontinentes, ebrios o inmorales; pudiendo ser acusados por acción popular. El artículo 7º penaba con el pago de costas y perjuicios, y suspensión del empleo y sueldo por un año al Magistrado o Juez que por falta de instrucción o descuido faltara contra ley expresa o contraviniera los trámites legales del proceso. La reincidencia se castigaba con la privación del empleo e inhabilidad de obtener ningún cargo judicial. Tan severa ley debía producir graves consecuencias, sirviendo de arma poderosa, en determinados casos, manejada por hombres de pasiones violentas o instrumentos del poder.

Nada es más funesto que el deseo de ostentar severidad en el cumplimiento de la ley cuando no sirve de guía la prudencia; particularmente cuando aquella no tiene todos los caracteres de verdadera ley. La Corte Suprema de Justicia, instalada cuatro meses antes (Febrero 8 de 1824) deseaba dar un ejemplo que fuera *el trueno de un rayo que estremeciera a la América entera, aunque sufrieran el rigor de la ley, hombres honrados, buenos ciudadanos, jueces de las mejores aptitudes, porque erraron en orden del proceso...* La ocasión se presentó luego. Un comerciante inglés olvidó consignar en el manifiesto de la carga del buque tres fardos de brines que fueron trasbordados con el apuro y desorden consiguientes al estado de bloqueo, y deseando enmendar su falta, antes de desembarcar la carga, la manifestó al Administrador de la Aduana del Callao; éste [sic] no se creyó autorizado, y consultó al Gobierno; el Ministerio remitió el expediente al Juez de Primera Instancia, quien sin más pruebas que las dichas, y sin darle audiencia declaró haber caído en comiso los tres fardos de brines. Fueron los autos por apelación a la Corte Superior; el Fiscal manifestó en vano lo injusto de la sentencia, por cuanto era evidente la buena fe del comerciante y la nulidad de lo actuado, la Corte Superior sólo [sic] tuvo presente el decreto Dictatorial sobre contrabando, y en vista y revista, sin oír al comerciante confirmó la sentencia de Primera Instancia. Interpuesto el recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró, en 31 de Mayo, nulo todo el proceso, por no haberse oído al interesado; y fundándose en el artículo 7º del decreto Dictatorial sobre responsabilidad, suspendió a los Vocales que conocieron de la causa, y como intervinieron todos los Vocales quedaron suspendidos sin sueldo y disuelto de este modo todo el Tribunal, recibiendo así esos

Magistrados la pena de la severidad extrema con que procedieron contra un comerciante que omitió una formalidad de reglamento. Si los procedimientos del de Primera Instancia y de la Corte Superior alarmaron al comercio, la Corte Suprema conmovió a la comunidad entera, y a todo el Poder Judicial por la ostentación que hizo de su severidad. El Gobierno lo conoció y sin esperar el año de suspensión mandó reponer al Juez y Vocales a los tres meses, el día del aniversario de la entrada del Libertador en Lima (Setiembre 2), pero éstos [*sic*] habían solicitado el juicio de responsabilidad contra los Vocales de la Suprema- [*sic*].

Entre los Vocales suspensos estaba el inflexible y honrado Dr. D. Mariano Alejo Alvarez el cual al recibir el aviso para que volviera a ocupar su puesto, se negó manifestando enérgicamente al Gobierno que era preciso antes someter a juicio a los Vocales de la Suprema y reformar el decreto Dictatorial de responsabilidad, pues no habiendo mortal alguno tan infalible que a veces no errara, “Era tener siempre sobre la cabeza la espada colgada de un pelo” y no faltaría ocasión para que se repitieran iguales vejaciones; renunció pues como ultrajante la reposición, que parecía un indulto, por el día en que se decretó... A este mismo Magistrado que meses antes fue nombrado Auditor de Guerra atendiendo a su *distinguido mérito, probidad, luces y patriotismo* se le destituyó so pretexto de su reposición a la Vocalía; pero en realidad porque no era humilde instrumento del Gobierno; reclamó con igual energía del despojo que se le infería, aunque conocía que toda gestión en el particular era inútil en la actualidad; más protestaba para cuando llegara el *día del juicio del Perú*.

Con motivo del asesinato del coronel Bernardo Monteagudo, que fue Ministro de Guerra y Marina del gobierno del Protector San Martín y también cercano colaborador de Bolívar; ocurrido en extrañas circunstancias el viernes 28 de enero de 1823, a inmediaciones del Convento de San Juan de Dios, en pleno centro de Lima, el gobierno dictatorial interfirió la autonomía de la Corte Suprema. Respecto del proceso judicial instaurado, extensa y documentadamente descrito por Mariano Felipe Paz Soldán (“Testimonios Peruanos sobre el Libertador”, Caracas, Imprenta Nacional, 1964, pág. 77), es ilustrativo el oficio que el 26 de marzo de 1825 dirigió el presidente de la Corte Suprema, doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, al vocal de dicha Corte, doctor Fernando López Aldana, y a los vocales de la Corte Superior de Lima, doctores José Larrea y Loredó y Francisco Valdivieso, manifestándoles que:

S. E. el Libertador me ordena forme un tribunal especial para que se conozca la causa del asesinato cometido en la persona del señor Coronel D. Bernardo Monteagudo. U. S. debe ser primer Vocal de este Tribunal. No se admitirá excusa ni excepción de cualquier naturaleza que sea contra esta determinación. El Estado se halla comprometido y es preciso examinar el origen de un suceso, que puede ser de mayor trascendencia. Los talentos de U. S., su práctica en los negocios, su justificación, llenarán de confianza al Jefe Supremo. Todo lo que hasta aquí se ha actuado en el proceso, se tendrá en clase de pura instrucción. La causa ha de organizarse de nuevo, sin que el Tribunal quede sujeto a términos ni ritualidades civiles, sino únicamente a las que son de derecho natural, y que, omitidos, causen nulidad notoria. Ampliará, limitará, abrirá las confesiones según le parezca oportuno, recibirá testigos antes o después de la prueba, y sólo [*sic*] tendrá por objeto hallar la verdad. Esto no quiere decir que a los reos se les niegue su defensa, por el contrario, cuando pidan y soliciten conducente a ellos, será concedido. S. E. no tiene prevención contra ninguna persona; desea del mismo modo que el crimen se castigue, como que el inocente se restituya a su libertad y fortuna. Quedan habilitados los días de la Semana Santa, exceptuando el Domingo de Ramos, Jueves y Viernes Santo y Domingo de Pascua. No hay hora ni tiempo señalado. El Tribunal podrá formarse por la mañana, tarde o noche, según se contemple necesario. Allí también se harán los careos, sentados los señores según estilo; en cuyo caso, los señores Fiscales podrán hacer al señor Presidente todas las advertencias que convengan. Para el efecto se proporcionará una de las Salas de la Corte Superior, lo que prevendré al señor Presidente de ella.

Cuantas dudas puedan resultar, o auxilios se necesiten, me lo participará U. S. inmediatamente, siendo el ánimo de S. E. que nada se omita, ni dilate. Tengo el honor de ofrecer a U. S. mis respetos. Dios guarde a U. S. – Manuel Vidaurre.

El referido Presidente de la Corte Suprema designó, además, fiscales a los doctores Mariano Alejandro Álvarez y José María Galdeano.

El Libertador Bolívar no respetó, pues, la autonomía del Poder Judicial. El Presidente de este Poder se esmeró en cumplir la orden que recibió e interpretar el “ánimo” de Bolívar. No existía, en esa época, ningún principio relacionado con el “juez natural” ni con el “debido proceso”. El Tribunal que se avocó a ese proceso estuvo integrado por un Vocal Supremo y por dos Vocales Superiores, designados por Bolívar.

Paz Soldán, en su aludido artículo, comenta que:

**Teníamos Tribunales y Juzgados ordinarios para conocer las causas criminales; los reos no gozaban de fuero privilegiado; sin embargo, se les juzgaba por comisiones especiales, contrariando las leyes vigentes; pero entonces existía la Dictadura y ante su voz callan las Leyes**

Concluye Paz Soldán que:

**Ni Bolívar pudo jamás ser alevé asesino, ni su Ministro prestarse de ciego instrumento de un crimen, del cual no le redundaba beneficio, ni perverso placer de la venganza, porque no tuvo motivo para ello.**

En nuestra naciente República mantenían vigencia las disposiciones legales (además de muchos usos y costumbres) que rigieron en la Colonia. El artículo 121º de la Constitución de 1823 dispuso literalmente que:

**Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio.**

Esa norma fue reiterada en el artículo 131º de la Constitución de 1828.

## **2. En la Constitución de 1826**

La Constitución de 1826, de efímera vigencia, pues fue promulgada el 9 de diciembre de 1826 y abolida el 28 de enero de 1827, o sea a los cincuenta días, configuró la estructura del Estado sobre cuatro Poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Electoral fue el universo de electores. El Poder Legislativo tricameral: Tribunales, Senadores y Censores. El Poder Ejecutivo tenía un Presidente elegido por colegios electorales y, a su propuesta, un Vicepresidente designado por el Congreso. El Poder Judicial estaba integrado por la Corte Suprema, las Cortes de Distrito Judicial y los partidos judiciales.

En relación con el Poder Ejecutivo, en la Constitución de 1826, el propio Paz Soldán ([sic] “Historia del Perú Independiente”, tomo segundo, página 80) comenta que:

**El Cuerpo Legislativo parecía formado según principios republicanos; pero el Ejecutivo era un verdadero monarca, con facultades más amplias que un Rey Constitucional; en**

**efecto el ejercicio del Poder Ejecutivo residía en el Presidente y Vice-Presidente de la República y cuatro Secretarios de Estado.**

**El Presidente era Vitalicio irresponsable; proponía a las Cámaras al Vice-Presidente, pero lo podía separar a su arbitrio; nombraba todos los empleados del Ejército, Marina y de Hacienda. Sus demás atribuciones eran las comunes a todo Ejecutivo. El Vice-Presidente era el Jefe o Presidente del Ministerio, y firmaba, a nombre del Presidente de la República, todos los negocios de la administración con el Secretario del Ramo.**

**Los Secretarios de Estado y el Vice-Presidente eran responsables y amovibles; y ninguna orden se obedecía sin estar autorizada por el Vice-Presidente y el Secretario del ramo.**

La Carta de 1826 redujo la competencia de los Tribunales y Juzgados (artículo 97º) a la aplicación de las leyes existentes. Nada dispuso sobre la eventual contradicción entre la Constitución y las leyes.

Los magistrados y jueces duraban en sus funciones “tanto cuanto duren sus buenos oficios (artículo 98º). En otras palabras: eran vitalicios, siempre que fueran honestos.

No podría suspenderse a los magistrados y jueces de sus empleos, sino en los casos determinados por las leyes. La suspensión de los magistrados supremos y superiores era atribución de la Cámara de Senadores; y la de los jueces, prerrogativa de las Cortes Superiores, con previo conocimiento del Gobierno; vale decir que, sin tal trámite, no surtía efecto la suspensión. Había el recurso de acción popular contra toda falta grave de los magistrados y jueces, el cual podía ejercerse en el plazo prescriptorio de un año ante el Cuerpo Electoral.

Se impartiría la justicia a nombre de la Nación.

La Corte Suprema estaría compuesta de un Presidente, seis Vocales y un Fiscal, dividida en las Salas convenientes. Sólo [*sic*] podían, en consecuencia, habilitarse dos Salas de tres Vocales cada una. Ambas Salas compartían al Fiscal. En relación con la Carta anterior, se redujo de dos a uno el número de Fiscales.

Para ser “individuo” del Supremo Tribunal se requeriría tener 35 años (o más), ser ciudadano en ejercicio, y haber sido miembro de “algunas de las Cortes de distrito judicial”. Resolvía el Supremo Tribunal sobre

la separación de los Magistrados de las Cortes de distrito judicial y Prefectos departamentales.

La Corte Suprema, o Tribunal Supremo, conocerían en última instancia los asuntos contenciosos que llegaran a su conocimiento.

En provincias, los “partidos judiciales” se establecerían proporcionalmente iguales.

La misma Constitución de 1826 disponía que los Jueces de paz, en cada pueblo, tenían la finalidad de buscar la conciliación entre las partes, para evitar los juicios. Los Jueces de Paz se renovaban cada dos años.

También permitía la Carta de 1826 que cualquier persona arrestara a un delincuente *infraganti*.

Miguel Antonio de la Lama (“Ley Orgánica del Poder Judicial”, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1912, pág. 21) refiere que:

En el supremo decreto sobre responsabilidad de los funcionarios, de 1º de Agosto de 1826, se declara: que la responsabilidad civil de los jueces tiene lugar por *infracción de ley expresa o por inversión del orden público y sustancial de los juicios* (arts. 7 a 9). En el artículo 7 de la ley reglamentaria del Tribunal de los Siete Jueces, de 5 de setiembre de 1831, se dice: que esta responsabilidad nace de los abusos del poder, que no induzcan criminalidad. Con motivo de una consulta sobre responsabilidad de los magistrados, se resolvió en 6 de Junio de 1837: que si la responsabilidad provenía de delito, la causa era de hecho; pero que en lo civil, era de puro derecho, pues en la infracción de *ley expresa* y terminante está el vicio del proceso o la nulidad de manifiesto; y en ese caso no puede haber errores ni opiniones, sino infracción de ley terminante y expresa.

### 3. En la Constitución de 1828

La Constitución de 1828, considerada la mejor lograda de nuestras primeras Cartas, organizó la República con los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Judicial, regulado en el Título Sexto, fue definido como independiente, y su ejercicio, encargado a Tribunales y Jueces. Los Jueces eran **perpetuos**, o sea vitalicios, y no podían ser destituidos sino por juicio y sentencia legal.

Sin embargo, por resolución de 17 de julio de 1829, el gobierno del general La Fuente destituyó al presidente de la Corte Superior de

Arequipa, Manuel Ascencio Cuadros. Cuadros fue repuesto por el Congreso y elegido en 1831 presidente de esa Corte Superior.

La misma Constitución determinó que la Corte Suprema funcionaría en la capital de la República, las Cortes Superiores en las capitales de departamento y los jueces de primera instancia en las capitales de provincia. La Corte Suprema estaba compuesta de siete Vocales y un Fiscal, pero correspondía al Congreso la facultad de aumentar su número según conviniera.

El artículo 112º de la Constitución de 1828 dispuso que:

Para hacerse efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros, nombrará el ingreso en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio, un Tribunal de siete Jueces y un Fiscal sacados por suerte de un número doble, que elegirá a pluralidad absoluta de letrados que no sean del Congreso.

El Tribunal de los Siete Jueces fue regulado legalmente en 1831.

Por ley de 26 de marzo de 1831 se diseñó un procedimiento breve para que los jueces tramitaran y resolvieran los procesos por delitos de hurto, robo y homicidio calificado. Por decreto de 20 de junio de 1855 y ley de 19 de abril de 1856 se ampliaron los efectos de aquella ley a los procesos de traición a la patria y contra el orden público.

Basadre (“Historia de la República del Perú, Editorial Universitaria, 6ª. Edición, Lima, tomo I, pág. 54) reseñó que:

La Constitución de 1828 declaró la propiedad de los empleos judiciales y determinó el medio de proveer las plazas sobre la base de la representación departamental. Las juntas departamentales debían formar ternas en el caso de las Cortes Superiores y listas dobles de tres elegibles para la terna que correspondía hacer al Senado cuando se trataba de los vocales de la Corte Suprema. El nombramiento correspondía al Presidente de la República, a propuesta de este cuerpo legislativo.

El Congreso y el Poder Ejecutivo procedieron ese mismo año como si tales dispositivos fueran para el futuro y otorgaron la jubilación y otros derechos a varios miembros del Poder Judicial. Sin embargo, la ley aprobada el 14 y promulgada el 20 de junio de 1º828, [sic] mandó se procediera a elegir s [sic] los Vocales conforme a la Constitución; la Corte Suprema reclamó y a su protesta se sumaron otros elementos pidiendo que las elecciones

se hicieran tan sólo [*sic*] para los puestos vacantes. Las juntas departamentales prepararon, sin embargo, las ternas. A partir de 1829 (año en que se fijó, además el número de vocales de las Cortes Superiores por ley de 15 de setiembre) surgió en el Senado la tendencia a desestimar las reclamaciones por el interés que hasta seis miembros de dicho cuerpo tenían en ejercer las más altas funciones judiciales. En 1831 llegó a ser aprobada en ambas Cámaras una ley, auspiciada por estos pretendientes, para que el Ejecutivo procediera “a dar exacto y puntual cumplimiento a todas las leyes dictadas para la marcha constitucional del país.” [*sic*] (Promulgada el 2 de agosto de 1831). Dicha ley, redactada en términos tan generales,, [*sic*] sólo [*sic*] tuvo su efecto en la renovación del Poder Judicial. De acuerdo con ella, e invocando, además, la ley de 14 de junio de 1828, antes mencionada, el Presidente interino Andrés Reyes dio un decreto que declaró establecida la Corte Suprema sobre la base departamental que fijaba la Constitución y ordenó que el Ejecutivo nombrara sus vocales de la lista de elegibles presentada por el Senado (20 de agosto). En otro decreto de la misma fecha declaró establecidas constitucionalmente las Cortes Superiores de los departamentos de Lima, Cuzco, Arequipa y La Libertad con análogo procedimiento electivo. El 13 de setiembre, en vista de una consulta de la Corte Superior de Lima, el Congreso aprobó una ley que fijó en cuatro los jueces de 1ª instancia de la capital y determinó que la junta departamental formase nuevas listas de elegibles.

Los vocales de la Corte Suprema nombrada por decreto de 20 de agosto de 1831 fueron: por Lima, Manuel Lorenzo de Vidaurre; por La Libertad, Justo Figuerola; por Arequipa, Nicolás de Aranívar; por Ayacucho, Mariano Alejo Alvarez; por Puno, Felipe Corbalán; por el Cuzco, Diego Calvo; y por Junín, Evaristo Gómez Sánchez. Quedaron entonces vacantes los cargos de los vocales Felipe Santiago Estenós, José María Galdiano, Fernando López Aldana y Manuel Vicente Villarán, quienes se reunieron en sesión plenaria el 23 de agosto, al día siguiente de la transcripción de dicho decreto y dejaron constancia de su protesta contra lo que llamaron “atropello que se infería a la majestad del Poder Judicial.” [*sic*]

#### 4. En la Constitución de 1834

La Constitución de 1834 fue explícita en normar, dentro del Título Sexto, al Poder Judicial. Declaró, en efecto, como la Carta precedente, que el Poder Judicial es independiente, que la duración de los Jueces es en razón de su buen comportamiento y que no podían ser destituidos sino por juicio y sentencia legal.

La Corte Suprema debía componerse de un Vocal de cada uno de los departamentos que dan Senadores y Consejeros de Estado, y de un Fiscal. Los Vocales elegían, entre ellos, a su Presidente. Los requisitos para ser Vocal o Fiscal Supremo fueron semejantes a los requeridos en las Cartas anteriores. La Corte Suprema debía presentar cada año un informe al Congreso para la mejora de la administración. Conocía, también, de las causas criminales que se formaran al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y Consejeros de Estado. Los miembros de las Cortes Superiores requerían semejantes calidades a las señaladas en las Cartas de 1823, 1826 y 1828. En cuanto a los jueces de primera instancia, tampoco hubo cambios notables.

Se incluyeron normas sobre la publicidad de los juicios, la prohibición de que otras autoridades se avoquen a causas que están en conocimiento del Poder Judicial y respecto de la responsabilidad de los jueces conforme a ley.

Entre las disposiciones importantes, puede citarse la ley de 20 de junio de 1834, que reguló la tramitación de los procesos en la Corte Suprema, en los casos en que el Congreso declaraba que había formación de causa contra los altos funcionarios del Estado; y la ley de 1º de julio de 1834, que dispuso que el fuero común era competente para juzgar a los autores de los delitos de asalto a los castillos, plazas y cuarteles.

El mismo Basadre (ob. cit., tomo II, pág. 89) decía que:

La ley de 20 de junio de 1834 dispuso que todo peruano tenía derecho a acusar ante la Cámara de Diputados para hacer efectiva la responsabilidad del Presidente, de los ministros, de los miembros de ambas Cámaras, los consejeros de Estado y los vocales de la Corte Suprema. La acusación debía ser aprobada y firmada, por lo menos, por cuatro diputados. Quedaron fijados plazos brevísimos para la defensa y para la presentación del dictamen. Los acusados podían asistir al debate. La resolución tenía que expedirse en una sola sesión pública permanente. Análogas precauciones fueron adoptadas para cautelar la celeridad de la tramitación de este asunto en el Senado y en la Corte Suprema si había lugar a formación de causa.

## 5. En la Constitución de 1839

La Constitución de 1839 dedicó los Títulos VI, VII, VIII, IX, X y XI al Poder Legislativo, a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores, a las funciones comunes a ambas Cámaras, a las

atribuciones del Congreso y a la formación y promulgación de las leyes, respectivamente; el Título XII al Poder Ejecutivo, el Título XIII al Consejo de Estado y el Título XIV al Poder Judicial. Esta Constitución dio preeminencia, pues, al Poder Legislativo.

En lo que respecta al Poder Judicial, las normas constitucionales fueron repetitivas de las anteriores sobre el ejercicio de ese Poder por los Tribunales y Jueces; sobre la destitución sólo [sic] por juicio y sentencia legal; y sobre el funcionamiento de la Corte Suprema en la capital de la República, de las Cortes Superiores, a juicio del Congreso, en las capitales de departamento, y de los Juzgados de Primera Instancia en los distritos judiciales según la división territorial que establezca la ley.

Se fijaba en siete el número de Vocales Supremos, además de un Fiscal, nombrados de la terna doble que presentara el Consejo de Estado al Poder Ejecutivo. Se excluía, por lo tanto, la intervención del Congreso.

Las atribuciones de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores, de los Juzgados de Primera Instancia y de los Jueces de Paz son, esencialmente, semejantes a las fijadas en la Cartas anteriores.

Basadre (ob. cit., tomo II, pág. 285), haciendo un resumen de las Cartas Políticas, recordaba que:

La Constitución de 1823 creó la Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores y jueces de derecho para la primera instancia. En los juicios criminales dispuso que hubieran jurados que resolviesen sobre los hechos; a los jueces de derecho correspondía aplicar la pena correspondiente. No estableció pauta alguna para los nombramientos judiciales. Señaló la inamovilidad de los magistrados mientras observasen buena conducta. Declaró que subsistirían las leyes españolas mientras se dictaban los códigos propios y siempre que no se opusieran a los principios proclamados por la Independencia. Prohibió la abreviación de trámites. Suprimió la confiscación de bienes y toda pena cruel e infamante. Producirían acción popular contra los jueces el soborno, la prevaricación, el cohecho, la festinación o suspensión de las formas judiciales, el procedimiento ilegal contra la libertad individual y la seguridad del domicilio.

La Constitución de 1826 declaró que los tribunales y juzgados no ejercían otras funciones que la de aplicar leyes existentes. Durarían los magistrados y jueces tanto cuanto durasen sus buenos servicios. No podían ser suspendidos de sus empleos sino en los casos determinados por las leyes; sus faltas graves

daban lugar a acción popular. En cuanto a los Vocales de la Corte Suprema (que debían ser seis), el Senado propondría una lista de candidatos de la cual el Ejecutivo formaba una terna simple y la Cámara de Censores elegiría a uno de los propuestos. Los magistrados de primera y segunda instancia debían ser nombrados por el Senado a propuesta del respectivo cuerpo electoral. Habría jueces de paz en cada pueblo. Quedaba abolido el recurso de injusticia notoria, con lo cual se ratificó un dispositivo similar de 1823. En las causas criminales el juzgamiento sería público, el hecho reconocido y declarado por jurados (cuando se establecieran) y la ley aplicada por los jueces.

La Constitución de 1828 ratificó la independencia del Poder Judicial.

La Constitución de 1834 ratificó también los principios y normas ya establecidos. Conservó la designación de los Vocales de la Corte Suprema por departamentos. Serán elegidos por el Congreso de las listas enviadas por los colegios electorales. El Fiscal de la Corte Suprema, en cambio –y esto fue una innovación– sería nombrado por el Ejecutivo a propuesta, en terca simple, de la propia Corte. Igual procedimiento quedó establecido para los fiscales de las Cortes Superiores.

Por decreto de 2 de mayo de 1836 fue disuelta la Corte Suprema y se creó un tribunal provisorio supremo de justicia en el Estado Nor-Peruano. El decreto de 20 de agosto de 1839 estableció una Corte Suprema en el Estado del Sur.

Fue, pues, la de 1836 –apenas a 15 años de la independencia del Perú– la primera intervención política en el funcionamiento del Poder Judicial.

Basadre (ob cit., tomo II, pág. 196) expuso, en efecto, que:

Una de las expresiones de la tendencia drástica de la Restauración estuvo en los decretos y leyes sobre el Poder Judicial. Gamarra, como Presidente Provisorio, hizo algunos nombramientos en ese ramo. Las leyes de 10 y 13 de setiembre de 1839, expedidas por el Congreso de Huancayo, lo autorizaron para nombrar, trasladar y remover al personal de la magistratura cuando lo exigiese la conveniencia pública. El decreto de 26 de setiembre del mismo año, refrendado por el ministro Benito Laso, señaló la nueva lista de vocales y fiscales de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Lima y Arequipa y de los jueces de alzadas del Consulado. Para

un decreto separado quedaron aplazados los arreglos en relación con la Corte de La Libertad y los juzgados de primera instancia de la República (Decreto de 8 de noviembre de 1839).

En cuanto a la Corte Suprema, fue ratificado el decreto de 1º de marzo de 1839. Su personal quedó compuesto por Mariano Alejo Alvarez, Nicolás Aranívar, Justo Figuerola, Santiago Corbalán, José Freyre, Benito Laso, José Maruri de la Cuba y el fiscal Manuel Pérez de Tudela.

La fuerza militar alteró más tarde nuevamente el orden existente en el Poder Judicial y en el país, después que emergieran regímenes políticos en 1855, 1866 y 1930.

Empero, vigente la Constitución de 1839, el gobierno del general Gamarra intervino también el Poder Judicial en 1844. Se puso de manifiesto, así, que los avatares políticos y los intereses mediáticos estaban por encima de los preceptos constitucionales.

Basadre (ob. cit., t. III, pág. 70) indicaba que:

Uno de los episodios de la vida administrativa durante el período de la Junta Gubernativa del Sur se relacionó con el Poder Judicial. Por un decreto que élla expidió el 12 de octubre de 1844 nombró vocales y jueces en el distrito de Arequipa castigando a los vivanquistas. Pero cuando el Congreso de 1845 aprobó en octubre de aquel año sus actos, hizo una excepción con los que no habían observado las respectivas ternas. De allí provino, poco después, que Andrés Martínez y Luis Gómez Sánchez, prohombres del Directorio, fuesen repuestos en sus vocalías de la Corte Superior de Arequipa por Castilla que, como Presidente de la Junta los había destituido. La Junta había designado a Tomás Dávila como castigo para la judicatura de Tarapacá; pero fue repuesto a la de Moquegua por no haberse observado en aquel nombramiento las fórmulas prevenidas por la Constitución. Dávila fue luego una de las víctimas en 1854, cuando se produjo una nueva interferencia del poder militar en la magistratura.

El Presidente del Consejo de Estado encargado del mando supremo, por decreto de 16 de diciembre de 1844, dio cumplimiento al acuerdo de dicho cuerpo que destituyó a Felipe Pardo y Aliaga de la Vocalía de la Corte Superior de Lima ocupada por él desde 1840.

Según la Constitución de 1839, el Ejecutivo podía remover a los vocales de las Cortes Superiores con el voto de los dos tercios del

Consejo de Estado; y para poner en ejercicio de esa atribución, en el caso de Pardo, obtuvo el voto unánime de dicha corporación.

Pero la Carta Política lo que pretendía era castigar delitos cometidos en el ejercicio de las funciones judiciales. La pena contra Pardo tenía origen político. El Consejo se basó en dos fundamentos. Por el primero aludió a la jactancia del poeta magistrado publicada en 1843 en el sentido de que había trabajado durante siete años (es decir, desde 1836) para llevar al poder a Vivanco; esto lo tomó el Conejo como un acto criminal. En segundo lugar, hizo mención a la nota firmada por el mismo Pardo como canciller el 30 de octubre de 1843, adversa a la Constitución, humillante para la Corte Suprema, degradante para la patria (en concepto del Consejo). En dicha nota, ante una reclamación de la legación de Brasil, la amparó en defensa de la inmunidad de la jurisdicción civil correspondiente a los ministros extranjeros. El Consejo exageró la importancia de este incidente.

Por el decreto de 17 de abril de 1946 se concedió igualdad de derechos a los extranjeros y a los peruanos, con el propósito de excluir la intervención de agentes diplomáticos acreditados en el país.

Basadre (ob. cit., t. III, pág. 114), en relación con esa norma, explicaba que:

Notable fue el decreto de 17 de abril de 1846, expedido por Castilla y José Gregorio Paz Soldán, para determinar los casos en que el gobierno del Perú podía o no admitir reclamaciones diplomáticas.

Los extranjeros agraviados o perjudicados debían acudir a los jueces, tribunales y demás autoridades de la República a solicitar justicia en defensa de sus derechos y sólo [*sic*] les estaba permitido utilizar el conducto de sus agentes diplomáticos cuando constara la existencia de denegatorias o retardos.

...

Otro artículo del mismo decreto decía así: “Siendo independiente del Ejecutivo la administración de justicia y no teniendo en la República ningún poder la facultad de abrir procesos fenecidos, sustanciarlos y resolver; los fallos que se pronunciaren por los tribunales y juzgados de la nación en asuntos sobre reclamaciones interpuestas por súbditos de otros Estados, quedarán firmes y valederos: el gobierno los respetará y los hará cumplir como cosa juzgada no pudiendo obrar en ningún caso contra lo que por ellos se resolviere, sin infringir la Constitución de la República”.

## 6. Los Reglamentos de los Tribunales y los códigos

La Corte Suprema aprobó el 22 de setiembre de 1845 el Reglamento de Juzgados y Tribunales. Con referencia a ese Reglamento, Basadre (ob. cit., t. III, pág. 196) recordaba que:

El Reglamento de Juzgados y Tribunales aprobado por la Corte Suprema y promulgado el 22 de setiembre de 1845, superó, a pesar de sus deficiencias, a las antiguas leyes españolas que un reglamento de 1822 no había descartado y señaló un esfuerzo precursor de la codificación. Se ocupó este reglamento de detallar la organización de los juzgados y tribunales de la República, las facultades de los mismos y otros asuntos relativos a la administración de justicia. El reglamento de 1845 duró hasta la promulgación del de 1853.

Basadre (ob. cit., t. III, pág. 317) manifestaba que:

La comisión parlamentaria creada para la revisión de los Códigos el 7 de junio de 1851 fue encargada de hacer el examen y reforma del reglamento de tribunales y preparar la ley de los jueces de paz.

La ley de 7 de junio de 1851 le dio a dicha comisión el plazo de 15 días. La comisión estuvo conformada por los senadores José Luis Gómez Sánchez, y Jervacio Alvarez y los diputados Manuel Toribio Ureta, Pedro Gálvez, Teodoro La Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores.

El Reglamento se aprobó el 1º de agosto de 1854 y rigió desde el 19 de abril de 1855.

El 23 de noviembre de 1853, el presidente Echenique promulgó la ley que dispuso que:

Luego que la expresada comisión presente sus trabajos, lo cual se verificará dentro de quince días, pasará dichos proyectos al Gobierno, para que los promulgue y disponga su observancia en toda la República, a los treinta días de su publicación.

En 1853 estaba vigente la Constitución de 1839, que no tenía disposición alguna sobre delegación de facultades legislativas, pero las necesidades de la justicia en el Perú y la complejidad y tecnicismo del tema determinó que el Congreso aprobara tal ley, “considerando que la comisión nombrada para la reforma del Reglamento de los Tribunales

y de la ley de atribuciones de los jueces de paz, ha concluido sus labores en circunstancias de ponerse en receso la actual legislatura”.

En uso de tales atribuciones, el presidente Echenique dictó el “Decreto de Promulgación” de 20 de mayo de 1854, conforme al cual:

El Reglamento de Tribunales y el de Jueces de Paz, serán publicados y circulados el 1º del mes de Julio próximo, y regirán en la República desde el 1º de Agosto, de conformidad con lo prevenido en la citada ley de 16 de Noviembre, reservándose los artículos que componen el título 5º rel [sic] Reglamento de Tribunales, que se someterá oportunamente al Congreso, con las correspondientes observaciones.

El Ministro de Estado en el despacho de Justicia queda encargado de la ejecución de este decreto y de hacerlo publicar y circular.

La fecha aludida en el texto del decreto es la que corresponde a su aprobación en el Congreso.

El Perú vivía, entonces, como en otras etapas de su historia, una situación de crisis política, que culminó con el derrocamiento de Echenique y la asunción de Castilla a la Presidencia. Es esa la razón por la cual se expide el Decreto Dictatorial de Promulgación, según el que:

El Libertador Ramón Castilla

Gran Mariscal de los Ejércitos Nacionales de la República, etc.

Considerando:

I. Que por ley del Congreso de 16 de noviembre de 1853, han debido publicarse y promulgarse los Reglamentos de Tribunales y Jueces de Paz, presentado por la comisión de las Cámaras a quien se encargó su formación;

II. Que el decreto dictado al efecto por la administración de don José Rufino Echenique, no ha tenido valor alguno, por la fecha en que se expidió, por no haberse verificado en todos los departamentos de la República, y por haberse arbitrariamente reservado el título 5º, bajo el pretexto de someterlo al Congreso, no obstante que era pasado el tiempo legal de hacer observaciones y que tampoco podían tener lugar respecto a un capítulo aislado de uno de los reglamentos.

Decreto:

Art. 1º. Dentro de un mes de la fecha se dirigirán a las autoridades políticas y judiciales de aquella parte de la República, donde aún [*sic*] no se observan, los Reglamentos de Tribunales y Jueces de Paz, presentados por la comisión del caso, en cumplimiento de la ley de 16 de Noviembre de 1853, y para que comiencen a regir en ellos desde el 19 de abril conforme a esta misma ley.

Art. 2º. Los nuevos reglamentos continuarán observándose sin interrupción, en los lugares donde ya se hayan obedecido, por la promulgación que efectuó don José Rufino Echenique, pero regirá el título 5º de la sección adicional, igualmente que las demás.

Art. 3º. El Gobierno dispondrá las medidas más oportunas para la mejor publicación de los reglamentos, dentro del término designado en este reglamento.

El Ministro de Estado en el despacho de Justicia queda encargado de la ejecución de este decreto y de hacerlo publicar y circular.

Dado en la Casa del Supremo Gobierno en Lima, a 14 de Febrero de 1855.

Ramón Castilla – Pedro Gálvez.

El Reglamento de los Tribunales, promulgado por dos distintos Presidentes, consta de un Título Preliminar, con nueve artículos, referidos a los magistrados y jueces y de la administración de justicia en general y, además, de 28 títulos con 461 artículos y una Sección Adicional con 103 artículos.

Débase agregar que el Código Civil y el Código de Enjuiciamientos Civiles fueron promulgados en 1852; el Código Penal y el Código de Enjuiciamientos Penales se pusieron en vigencia en 1863; el Código de Justicia Militar en 1898; y el Código de Comercio en 1901.

Pero el problema no era sólo [*sic*] de leyes, sino también de hombres. Es por eso que se decretó una nueva reforma de la justicia en el Perú, siendo presidente don Ramón Castilla. La reforma pretendía, recogiendo disposiciones constitucionales anteriores, pero razonables, que existiera cierta proporción entre el número de habitantes y el número de magistrados o jueces, con el propósito de que no se retardara la impartición de la justicia. Ese fue el objetivo que buscó el decreto de 31 de marzo de 1855.

Basadre (ob. cit., t. IV, pág. 125) explicaba, a este respecto, que:

El decreto del 31 de marzo de 1855, refrendado por Castilla y Pedro Gálvez, fue a una radical reforma judicial como antes sólo [sic] había ocurrido en 1839. Invocó la urgencia de establecer una relación entre el número de magistrados con las necesidades del servicio público (acrecentadas por otro decreto que había abolido la súplica o tercera instancia) para señalar el número de vocales de la Corte Suprema, así como el de las Cortes Superiores de Lima, La Libertad, Ayacucho, Cuzco, Arequipa y Puno y de los juzgados en Lima y en provincias.

El mismo día fueron nombrados los vocales, fiscales, relatores y secretarios de los tribunales, así como los jueces y agentes fiscales. La Corte Suprema quedó compuesta de los vocales Manuel Pérez de Tudela, Benito Laso, Matías León, Francisco Javier Mariátegui y Jesús Mariano Cossío y del Fiscal Mariano Gandarillas. En la Corte Superior de Lima figuraron Manuel Herrera y Oricáin, Jerónimo Agüero, Juan Manuel del Mar, Felipe Pardo, Bernardo Muñoz, José M. Sánchez Barra e Ildefonso Zavala; y Gervasio Alvarez como fiscal. Pérez de Tudela y Mariátegui habían tenido actuación descollante en el juicio contra Castilla en 1851.

La reforma judicial de 1855 implicó la destitución de los vocales de la Corte Suprema Miguel del Carpio, José Manuel Tirado, José Luis Gómez Sánchez y José Gregorio Paz Soldán, considerado como afectos a Echenique.

La escalada de intervenciones o “reformas” del Poder Judicial continuaría a lo largo de nuestra historia.

## 7. En la Constitución de 1856

La Constitución de 1856 organizó la República en base a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Suprimió el Consejo de Estado. Destinó el Título XVII al Poder Judicial, con sólo [sic] diez artículos. Se repetía, así, preceptos relativos a que la justicia sería administrada por los Tribunales y Juzgados, debiendo funcionar la Corte Suprema en la capital de la República y las Cortes Superiores en las capitales de departamento, a juicio del Congreso, y los Juzgados de Primera Instancia y de Paz en las provincias que determine la ley.

El artículo 10º de la Constitución de 1856 declaró que eran nulas las leyes contrarias a la Constitución, pero no estableció ningún

mecanismo para su cumplimiento. El Poder Judicial, por ende, no pudo –ni intentó– aplicarlo.

Los miembros del Poder Judicial serían amovibles, pero la ley fijaría la duración de sus cargos; y los Vocales de la Corte Suprema serían nombrados por el Congreso, a propuesta, en terna doble, del Poder Ejecutivo, los Vocales de las Cortes Superiores y los Jueces de Primera Instancia por el Presidente de la República, a propuesta de las Juntas Departamentales.

Se creó el cargo de Fiscal de la Nación, que se nombraría en la misma forma que los Vocales de la Corte Suprema. Los Fiscales departamentales y los Agentes Fiscales se nombrarían, respectivamente, como los Vocales de las Cortes Superiores y los Jueces de 1.<sup>a</sup> instancia.

Basadre (ob. cit., t. IV, pág. 150) indicaba que:

Al lado de la Constitución, aprobó la Convención Nacional las leyes del Consejo de Ministros, Fiscal de la Nación, juntas departamentales, municipalidades, reorganización de la guardia nacional, prohibición del reclutamiento, organización interior de la República, atribuciones de los fiscales, elecciones y tribunal para el juzgamiento de los vocales de la Corte Suprema.

Basadre (ob. cit., t. IV, pág. 296) expresaba que:

La Convención Nacional de 1856 fue a la abolición de la pena de muerte y nombró una comisión revisora del Código Penal y redactora del de Enjuiciamientos en lo Penal.

La Const. De 1860 restableció la pena de muerte para el homicidio calificado. (297 y 298: evolución de la pena de muerte).

## 8. En la Constitución de 1860

La Constitución de 1860 dedicaba, también, cuatro Títulos al Poder Legislativo (incluyendo el de la Comisión Permanente), dos al Poder Ejecutivo y uno al Poder Judicial. La estructura es, por lo tanto, semejante a la Carta de 1856. El Título XVII, que se refiere al Poder Judicial, constaba de siete artículos, en los cuales se reiteró que la justicia será administrada por los Tribunales y Juzgados; que la Corte Suprema funcionará en la capital de la República y las Cortes Superiores y Juzgados en los departamentos y provincias que dispusiera el Congreso por ley; que los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nombrados por el Congreso, a propuesta,

en terna doble, del Poder Ejecutivo; que los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema (en vez de las Juntas Departamentales, como disponía la anterior Carta); y los Jueces y Agentes Fiscales a propuesta, en terna doble, de las respectivas Cortes Superiores. Las otras normas se refieren a las vacancias en la Corte Suprema, en receso del Congreso, casos en los cuales interinamente cubría la plaza la Comisión Permanente; a la publicidad de los juicios, a que ninguna autoridad podía avocarse a causas pendientes en el Poder Judicial y a los casos en que había acción popular contra los magistrados y jueces por prevaricación, cohecho, abreviación o suspensión de las formas judiciales y al procedimiento ilegal contra las garantías individuales.

## 9. El Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial de 1865

La ley de 9 de enero de 1865 creó el Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial, pues “para la completa organización del Poder Judicial es de absoluta necesidad la existencia de un tribunal que conozca de los juicios de responsabilidad civil y criminal que se inicien contra los Vocales de la Corte Suprema”. El Tribunal Supremo de Responsabilidad Judicial estaba integrado –según esta ley– por siete Vocales y tres Adjuntos, un Fiscal y un Adjunto, elegidos por el Congreso; y su atribución era la de conocer de los juicios sobre responsabilidad civil y criminal en que incurrieran los Vocales de la Corte Suprema. La ley de 21 de marzo de 1873 amplió a nueve el número de Vocales.

## 10. En la Constitución de 1867

La Constitución de 1867 no hizo sino repetir las normas precedentes; pero agregó que los representantes no podían ser propuestos ni elegidos para ninguna Vocalía; y que para que hubiera sentencia en la Corte Suprema se requerían cinco votos conformes.

Relataba Basadre el conflicto o choque entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema ocurrido a consecuencia de las disposiciones referidas a la prestación del juramento y de la responsabilidad de los magistrados. El destacado historiador (ob. cit., t. VI, pág. 26) consideró que:

Los decretos sobre prestación de juramento, responsabilidad judicial, Ministerio Fiscal, creación de la transitoria y profana entidad llamada Corte Central, supresión de Cortes y Juzgados, así como de otros de menor volumen en la Secretaría de Justicia y el de reducción de pensiones y goces de jubilación expedido por la de Hacienda, promovieron choques entre el gobierno y

la magistratura. A la reclamación hecha por la Corte Suprema, el Secretario de Justicia José Simeón Tejeda respondió ni amedrentado ni vacilante. Llegó a decir en su oficio de 10 de enero de 1866, dirigido al Presidente de la mencionada Corte: “Establecida la Dictadura, ningún tribunal tiene otra razón de existencia que el supremo decreto de 29 de noviembre último, puesto que la misma Constitución no existe.” [sic]

La exigencia impuesta a los magistrados obligándolos a prestar juramento provocó una enérgica actitud de los vocales de la Corte Suprema, doctores Javier Mariátegui y José Luis Gómez Sánchez. Por medio de su nota de 16 de marzo el primero y en la suya de 17 de marzo el segundo, se alejaron de sus cargos. El 23 de marzo dichas notas fueron declaradas inadmisibles por los términos en que estaban concebidas, y quedaron vacantes las vocalías de ambos próceres.

Las plazas fueron provistas en los señores Teodoro La Rosa y Melchor Vidaurre. Este no aceptó y perdió su vocalía en la Corte Superior de Lima, Lo reemplazó en ella el Dr. Angel Caveró. El Congreso Constituyente restituyó a Mariátegui, Gómez Sánchez y Vidaurre a sus destinos (16 de setiembre de 1867); y ordenó también que quienes los reemplazaron ocuparan las plazas nuevamente creadas.

## 11. La Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos

El 28 de setiembre de 1868 se dictó la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, que incluyó también a los magistrados del Poder Judicial. El artículo 1º de dicha ley declaró que los funcionarios públicos que en el ejercicio de su cargo hagan lo que la ley les prohíbe u omitan lo que ella les mande, serán responsables de tales actos u omisiones.

El artículo 3º dispuso que la responsabilidad criminal en que incurrieran los funcionarios públicos podía exigirse de oficio, a solicitud de la parte agraviada, o de cualquiera del pueblo en los casos que, conforme a la Constitución, producían acción popular. La referencia era al artículo 130º de la Constitución de 1860, según el cual:

Producen acción popular contra los magistrados y jueces:

1. La prevaricación.
2. El cohecho.
3. La abreviación o suspensión de las formas judiciales.
4. El procedimiento ilegal contra las garantías individuales.

Los artículos 11º a 23º de la mencionada ley determinó el modo de proceder contra los miembros del Supremo Tribunal de Responsabilidad Judicial, vocales de la Corte Suprema y demás funcionarios públicos designados en el artículo 64º de la Constitución de 1860, conforme al que:

Corresponde a la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo y a los Vocales de la Corte Suprema por infracciones de la Constitución, y por todo delito cometido en el ejercicio de sus funciones, al que, según las leyes, deba imponerse pena corporal aflictiva.

El procedimiento de la ley de 28 de setiembre de 1868 es, sustancialmente, semejante a los que, después, establecieron el Reglamento Interno de las Cámaras Legislativas, los Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, y el que determina el actual Reglamento del Congreso.

## 12. La Gaceta Judicial y los Anales Judiciales

215

En 1874 se publicó la Gaceta Judicial para informar sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema, tanto en lo penal como en lo civil; y en 1878 la Corte Suprema inició la publicación de los Anales Judiciales del Perú, incluyendo las biografías de los vocales de esa corte.

Basadre (ob. cit., t. IX, pág. 37) reseñaba que:

Ocupada Lima en enero de 1881, el jefe superior del ejército de Chile invitó a la Corte Suprema para que continuase en el ejercicio normal de sus funciones, lo mismo que los tribunales de inferior jerarquía. El Presidente de la Corte Suprema, Juan Antonio Ribeyro, rehusó. Contrasta esta patriótica actitud en los días de la ocupación con la severa advertencia de Ribeyro a la Corte Superior; antes de que ellos llegaran, por haber suspendido sus labores ese tribunal y los juzgados de primera instancia en abril de 1880, ante la aproximación de la escuadra chilena y ante el cumplimiento del plazo para comenzar sus hostilidades contra el puerto del Callao.

Poro [*sic*] después de establecerse el gobierno de García Calderón en el pueblo de Magdalena, expidió un decreto ordenando el funcionamiento del Poder Judicial en la República (29 de marzo

de 1881). Ribeyro se negó también a cumplir este decreto. Para ello invocó la existencia de la ley marcial expedida por las tropas de ocupación y reiteró con elocuencia y energía esta patriótica negativa (9 y 26 de abril).

Análoga actitud de altivez –remarca Basadre– tomó la Corte Superior de Lima encabezada por su presidente José Silva Santisteban y por Santiago Figueredo.

Sólo [sic] cuando las tropas invasoras desocuparon Lima el Poder Judicial reasumió plenamente sus funciones. Tuvo lugar la reinstalación de los tribunales el 29 de octubre de 1883. Los vocales que defendieron la independencia y la dignidad de la Corte Supremo fueron los señores Juan Antonio Ribeyro, Bernardo Muñoz, Melchor Vidaurre, Juan Oviedo, José Eusebio Sánchez, Manuel Morales, Teodoro La Rosa y José Martín de Cárdenas. Sólo [sic] quedaban expeditos en 1883, los señores Ribeyro, Muñoz y Oviedo. Los demás, o habían fallecido, o hallábanse ocupando cargos administrativos.

### 13. La tercera reorganización del Poder Judicial

216

La ley de 11 de enero de 1896 dispuso la reorganización de la Corte Suprema. Se fundó dicha ley en:

Que es necesario consultar el acierto y la unidad de doctrina en los fallos de la Excm. Corte Suprema;

Que la experiencia ha demostrado que esos resultados se consiguen con la aplicación de la ley de 10 de Diciembre de 1870, que fue derogada por la de 8 de octubre de 1891.

La referida ley derogó, por lo tanto, la ley de 8 de octubre de 1891, sobre organización de la Corte Suprema y sustanciación del recurso extraordinario de nulidad, quedando en todo su vigor y fuerza la de 10 de diciembre de 1870; y vigente asimismo la complementaria de 28 de noviembre de 1872, sobre sustanciación del recurso de nulidad en materia criminal.

### 14. Los once Vocales de la Corte Suprema y sus atribuciones

Por efecto de la ley de 11 de enero de 1896, la Corte Suprema debía funcionar “con los Vocales que actualmente tiene; y no se proveerá la primera vacante que en ella ocurra, a fin de que quede completo el número de magistrados que por esta ley corresponde”. Cuando la Corte Suprema ejerciera jurisdicción privativa, la sala de primera instancia

se compondría del vocal menos antiguo de la Corte Suprema, que la presidiría, y de los dos menos antiguos de la Corte Superior de Lima; la Sala de segunda instancia, de los dos que siguen en antigüedad a los anteriores en uno y otro tribunal; y la de nulidad, de los que quedan expeditos en el Tribunal Supremo, completándose con los que fueren necesarios de la Corte Superior, comenzando por su Presidente y continuando con los de mayor antigüedad. Las discordias, según la mencionada, serían resueltas por el vocal menos antiguo de los que no hubiesen conocido en la causa; y a falta de Vocales de la Corte Suprema con los de la Corte Superior de Lima.

La ley de 10 de diciembre de 1870, cuya vigencia se restituyó, disponía que el recurso de nulidad contra las sentencias o autos de las cortes de justicia y demás tribunales superiores, que causen ejecutoria, se interpondrá en los casos y dentro de los términos que señala el Código de Enjuiciamientos, y sin más trámite lo dará por interpuesto la sala que hubiese conocido del asunto, mandando elevar los autos a la Corte Suprema. La otra parte podía adherirse al recurso. La Corte Suprema resolvía, previo dictamen fiscal, estando compuesta la Sala de siete Vocales. Este número fue reducido a cinco por ley de 1897. La referida ley de 10 de diciembre de 1870 aumentó en dos el número de Vocales de dicha Corte.

La ley 5 de noviembre de 1897 aumentó a once el número de Vocales de la Corte Suprema y dispuso el funcionamiento de dos Salas con cinco Vocales cada una, para conocer los asuntos que esa norma determinó.

La ley de 20 de octubre de 1903 creó una Fiscalía más en la Corte Suprema.

## 15. La jubilación a los 75 años de edad y la Ley de Goces

La ley de 7 de setiembre de 1903 dispuso que:

Artículo 1º.- Los magistrados del Poder Judicial que lleguen a los setenta y cinco años de edad, se jubilarán obligatoriamente con la pensión correspondiente a su tiempo de servicios, según la ley de jubilación.

Artículo 2º.- La pensión que se conceda, con arreglo al artículo anterior, se pagará íntegramente; y para ello se considerará en el presupuesto del tribunal a que pertenezca el jubilado.

La ley aludida es la de 22 de enero de 1850, conocida como “Ley de Goces”.

Por decreto de 1º de abril de 1905, el gobierno del presidente José Pardo dispuso que fueran recopiladas y publicadas las más importantes sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en los denominados Anales Judiciales.

## 16. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912

La ley 1510, de diciembre de 1911, aprobó los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Notariado (artículo 1º) y también aprobó el proyecto de Código de Procedimientos Civiles, haciendo en éste [sic] sólo [sic] cuatro cambios (artículo 2º). Dispuso, además, que los tres instrumentos legales entraran en vigencia el 28 de julio de 1912 (artículo 3º).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) tuvo larga vigencia: 50 años. Constaba de veintiocho títulos, divididos en capítulos, y con un total de 284 artículos. Estuvo concordada, inicialmente, con la Constitución Política de 1860; y, después, con las de 1867, 1920 y 1933.

En el artículo 1º de la LOPJ se expresó que:

El poder de administrar justicia se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores, los Jueces de primera instancia y los Jueces de Paz, establecidos por el artículo 125 de la Constitución.

En el artículo 2º de la propia LOPJ se precisó que:

También ejercen jurisdicción en los casos y en la forma que determinan las leyes especiales:

En el orden civil:

1º.- Las autoridades de las aduanas;

2º.- Las autoridades eclesiásticas.

En el orden penal:

1º.- Los tribunales militares;

2º.- Los jurados de imprenta.

En el artículo 3º se hizo referencia a los árbitros, definiendo que

Ejercen, además, jurisdicción, las personas designadas por los interesados para que en calidad de árbitros resuelvan sus controversias.

El artículo 9º dispuso que:

Los vocales y fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores y los jueces y agentes fiscales serán nombrados en la forma que establece la Constitución.

Los jueces de paz serán nombrados por las Cortes Superiores, a propuesta, en terna sencilla, de los jueces de primera instancia de la respectiva provincia.

La Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 53 de la LOPJ (con la modificación dispuesta por la Ley N° 7608, de 20 de octubre de 1932) estaba compuesta de once Vocales y cuatro Fiscales, uno de los cuales se ocupaba de los asuntos administrativos.

Correspondía a la Corte Suprema conocer del recurso de nulidad respecto de las sentencias dictadas por las Salas de las Cortes Superiores y de los recursos de reposición de sentencias en materia militar, así como dirimir las competencias previstas en el Código de Procedimientos Civiles y, en segunda instancia y por recurso de nulidad, de las causas en que entienden, en primera instancia, las cortes superiores.

Igualmente correspondía conocer a la Corte Suprema, en primera y segunda instancias, de las causas que se sigan contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, Representantes a Congreso, Magistrados de la misma Corte, Arzobispo, Obispos, Agentes Diplomáticos del Perú acreditados en el extranjero, vocales y fiscales de las Cortes Superiores y miembros del Consejo de Oficiales Generales, por delitos que cometieran en ejercicio de sus funciones.

Además, la Corte Suprema tenía otras atribuciones de carácter administrativo, incluyendo la formación de ternas dobles para la provisión de plazas de vocales y fiscales de las Cortes Superiores y de sanción de tales magistrados y de jueces de primera instancia y de agentes fiscales.

La Corte Suprema funcionaba con dos Salas de cinco Vocales cada una, para asuntos civiles y penales, respectivamente.

En cuanto a nombramientos judiciales (incluso fiscales), el artículo 126º de la Constitución de 1860 indicaba que:

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán nominados por el Congreso, a propuesta en terna doble, del Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema; y los

Jueces de Primera Instancia y Agentes Fiscales, a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores.

Los artículos 147º y 148º de la Constitución de 1920 determinaban que:

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos, propuestos por el Gobierno de acuerdo a ley.

Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de las respectivas Cortes Superiores, de conformidad con la ley.

Los artículos 222º, 223º y 224º de la Constitución de 1933 dispusieron que:

Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo.

Los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores serán nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y a los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales a propuesta, en terna doble, de la respectiva Corte Superior.

Los nombramientos de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los Jueces y Agentes Fiscales, serán ratificados por la Corte Suprema en el tiempo y en la forma que determine la ley. La no ratificación no constituye pena, ni priva del derecho a los goces adquiridos conforme a ley; pero si impide el reingreso en el servicio judicial.

La Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 53º de la referida LOPJ, estaba compuesta de once Vocales y tres Fiscales, y residía en la Capital de la República.

## **17. El Colegio de Abogados de Lima y los nombramientos judiciales en dictadura**

El decano del Colegio de Abogados de Lima, Manuel Vicente Villarán, en su discurso-memoria de 1915, criticó la forma en que se hacían los nombramientos por el Presidente de la República, con referencia a la Constitución de 1860, vigente hasta 1920. La opinión de Villarán es válida, también, para los períodos en que, con normas similares en las Cartas Políticas de 1920 y 1933, rigió la LOPJ de 1912. Villarán dijo:

Nuestros Presidentes y Ministros no se satisfacen con nombrar a los propuestos, quieren compeler a las Cortes a que venga propuesto el que se halla predestinado al nombramiento. Las Cortes –lo reconocemos y lo aplaudimos– se defienden valientemente; pero la presión de Palacio no cede, reincide, es cada vez más exigente, tal vez acabará por hacerse invencible.–

El historiador Jorge Basadre (ob. cit., t. XVI, pág. 66) comentaba que:

A pesar de todo, hubo no pocos magistrados capaces e integérrimos. Y la Corte Suprema gozó de gran prestigio en el país por su capacidad e independencia. No faltó quien la llamara la única institución nacional que podía inspirar respeto y orgullo. Hubo quienes a sus estrados llegaron por el conducto de esos favores políticos que tanto estigmatizaban los espíritus no contaminados; pero se producía como una palingenesia en ellos bajo el influjo del cargo que ejercían. Si bien después de 1921 aumentó la subordinación ante el Poder Ejecutivo, quedaron destellos del pasado esplendor.

Basadre (ob. cit., t. XIII, pág. 57) aludía que:

La Corte Suprema se reunió en sala plena y acordó dirigirse al Ministro para exponerle su opinión sobre este último decreto. Leguía y Martínez habíase basado para expedirlo en la falta de una ley de extranjería. Pero esta circunstancia, según manifestó el Presidente de la Corte Carlos Erásquin en su oficio al Ministro fechado el 10 de junio de 1920, “no puede autorizar la suspensión de las garantías individuales consignadas en los artículos 29 y 30 de la ley fundamental de la Nación, ni afectar en lo menor la independencia del Poder Judicial”. El mismo oficio invitó al Ministro a mantener respeto a sus peculiares atribuciones. Leguía y Martínez, en su oficio de 12 de junio, puso término al incidente y sostuvo que los jueces usurpaban funciones propias del Ejecutivo de acuerdo con la jurisprudencia modernísima sobre extranjeros perniciosos; y que sus intromisiones serían desatendidas y rechazadas hasta que se decidiera constitucionalmente cuál de los Poderes tenía la razón.

La Corte Suprema se basó, según puntualizara su presidente en la memoria judicial de 1920, en que la Constitución establecía que es libre el derecho de entrar, transitar y salir de la República, con las limitaciones consignadas en las leyes penales, sanitarias y de extranjería; y que “nadie” puede ser separado de ella, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la mencionada ley de extranjería.

El propio historiador (ob. cit., t. XIII, pág. 58) refería que:

En la Cámara de Diputados Arturo Pérez Figuerola formuló una moción de censura al Ministro con motivo de este asunto, si bien la enmendó luego en el sentido de que éste [*sic*] fuera llamado. Leguía y Martínez acudió al recinto parlamentario y pronunció un sustancioso discurso en el que dio razones a favor de la defensa del orden, la moralidad y el bienestar sociales; denunció el amparo de los magistrados a rufianes y otros individuos de mal vivir; fijó las atribuciones del Poder Judicial con carácter restrictivo y limitó el “hábeas corpus” a los casos de abusos de las autoridades violatorios de los derechos o garantías de los ciudadanos honrados. Con gran riqueza de palabra, vigor polémico y sutileza dialéctica, alternó el tono sentencioso del viejo profesor con el del avezado jurista y el del apasionado político, mezcló con ciertas frases en latín palabras de sarcasmo o de desdén a sus enemigos y mostró, asimismo, a veces, tendencias de irritabilidad. Afirmó que “el Poder Judicial se entromete en lo que no le corresponde”, se refirió al “ruidoso cacareo” y no tuvo reparos en declarar que si cumplía con su deber lo demás le importaba “un bledo”.

A Pérez Figuerola, cuya elocuente insistencia en que el Poder Ejecutivo no tenía derechos para dar decretos con alcance o naturaleza de leyes merece recuerdo, se sumó con valor y brillo oratorio Aníbal Maúrtua quien agregó a la interpelación el debate sobre los decretos de 2 de febrero, 5 de abril, 12 de mayo (uniendo a éste [*sic*] el caso de la deportación del obrero Urmachea) y 24 de mayo. A propósito del asunto concerniente al primero de los decretos antedichos, Leguía y Martínez preguntó a Emilio Sayán y Palacios, otro de sus contricantes, si sabía cuándo había sido creada la provincia que él representaba, es decir la de Chancay. Como recibiera una contestación negativa, recordó que ella, como los distritos en que se dividía, habían sido erigidos por decreto de Bolívar. En el curso de una de sus intervenciones aseveró que el famoso agitador obrero Nicolás Gutarra había sido enviado al extranjero con sueldo para estudiar la manera de mejorar la condición de sus compañeros de clase en el Perú. Después de responder a cada una de las interpelaciones de Maúrtua, lo acusó de haber entrado sigilosamente cierto día a una casa de la calle Sandía y como se produjera un escándalo ante sus palabras, afirmó que ese diputado opositor había perdido su curul por haber aceptado una comisión del Poder Ejecutivo. Maúrtua, había recibido el encargo de preparar una memoria para la Sociedad de Naciones asignándole una partida destinada a la compra de libros.

Dentro de un gran alboroto, se pasó a sesión secreta y el resultado final fue una moción de confianza al Ministro de Gobierno y la declaración adicional de la Cámara en el sentido de que Maúrtua conservaba su función parlamentaria.

## 18. El enfrentamiento de poderes

En los años 1919 y 1920 se produjo más de un enfrentamiento entre los Poderes Ejecutivo y Judicial a propósito de la renuencia del primero a cumplir las resoluciones judiciales sobre recursos de hábeas corpus.

Basadre (ob. cit., t. XIII, pág. 67) describía que:

Quando el Senado hizo al Ministro de Gobierno la recomendación de que concediese la libertad de Grau y Portella, bajo la fianza de un grupo de miembros de esa Cámara, repuso aquel que nada podía hacer ya, pues los presos se hallaban sometidos a una jurisdicción especial y porque no podían ser fiadores personas sobre las cuales no podía hacerse efectiva la garantía, amparados como estaban por la inmunidad parlamentaria.

Poco tiempo después sostuvo una polémica pública con el Presidente de la Corte Suprema en la que se defendió, con amplio uso de dialéctica, sarcasmo y aforismos latinos, del cargo que este magistrado le había hecho de haber vulnerado al Poder Judicial, al “hábeas corpus” y a la Constitución. Uno de los argumentos favoritos de Leguía y Martínez era el de que en el delito de conspiración tenían el carácter de “infraganti” una serie de hechos sucesivos o concordantes que con él podían relacionarse.

Durante los once años del gobierno de don Augusto B. Leguía no sólo [sic] el Poder Legislativo perdió su autonomía, por sucesivas “reelecciones” y manipulaciones electorales, sino que también el Poder Judicial fue paulatinamente alineándose con el régimen de la “Patria Nueva”.

La Constitución de 1920 mantuvo, obviamente, el sistema tripartito de poderes. En cuanto al Poder Judicial, dispuso que habrá en la capital de la República una Corte Suprema; en las de Departamento y en las provincias Cortes Superiores y Juzgados de Primera Instancia, respectivamente, a juicio del Congreso, y en todas las poblaciones Juzgados de Paz. La ley debía determinar la organización del Poder judicial, la forma de nombramientos y las condiciones y requisitos a que éstos [sic] se sujetarán.

Correspondía al Congreso elegir a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, entre diez candidatos propuestos por el Gobierno conforme a ley.

Se prohibió a los miembros del Poder Judicial ser nombrados para cargos políticos, excepto los Vocales de la Corte Suprema, que podían ser nombrados Ministro de Estado. Efectivamente, ocurrió así en el régimen de Leguía.

Entre las atribuciones de la Corte Suprema estaba la de resolver las competencias que se suscitaban entre el Poder Ejecutivo y los Concejos Provinciales. Tal problema de competencias no se suscitó por cuanto los Concejos Municipales (Provinciales y distritales) eran designados por el gobierno. Las elecciones municipales, con participación de hombres y mujeres, recién se estableció mediante la Ley N° 14669, de 24 de setiembre de 1963.

Se dejó a la ley la determinación de la carrera judicial y se dispuso la ratificación de jueces y vocales de las Cortes Superiores, por la Corte Suprema, cada cinco años.

Se declaró que la justicia militar no podía, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estuvieran en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional. (En 1920 no existía fuerza aérea, pero sí [sic] marina).

## 19. De mal en peor

Depuesto el Presidente Leguía, asumió el Poder el coronel Sánchez Cerro, de acuerdo al “Estatuto de la Junta de Gobierno” (Decreto Ley N° 6874), de 2 de setiembre de 1930. De inmediato, ésta [sic] dictó el Decreto Ley N° 6875, de 4 del mismo mes, por el cual se declara la incapacidad de los miembros de la Corte Suprema que desempeñaron función ministerial durante el régimen de don Augusto B. Leguía, conforme al texto que sigue:

La Junta de Gobierno

Considerando:

Que el juzgamiento de los actos de la dictadura y la declaración de responsabilidad de quienes cooperaron al mantenimiento del régimen anti-jurídico en que ha vivido la República hace necesario establecer la más amplia garantía en la administración de justicia, encomendada, en última instancia, a la Corte Suprema;

Que no pueden prestar la garantía de imparcialidad que exige la opinión pública, los miembros del Tribunal Supremo que han desempeñado el cargo de Ministro de Estado de la dictadura, o alguna función de orden político o administrativo, cuya responsabilidad debe esclarecerse;

Ni los que ejerciendo su presidencia, permitieron que se ultrajara la majestad de la justicia, ni supieron mantener esa tradición de responsabilidad de que ha gozado siempre el más alto Tribunal;

Decreta:

- 1º.- Quedan incapacitados para continuar o reasumir el ejercicio de sus cargos los miembros de la Corte Suprema de Justicia que hubieran desempeñado la función ministerial durante el régimen dictatorial presidido por don Augusto B. Leguía; los Vocales o Fiscales que hayan desempeñado función política o administrativa y los que desempeñaron su presidencia desde 1922;
- 2º.- Las vacantes que se produzcan se nombrarán por separado en ejercicio de las atribuciones de la Junta de Gobierno, según decreto-ley de 2 de setiembre del presente año;
- 3º.- La Corte Suprema así integrada, utilizará por esta vez, en forma extraordinaria la facultad que declara el artículo 152 de la Constitución, procediendo a hacer la ratificación de todos los magistrados de la 1ª y 2ª instancia de la República. Esta ratificación se hará por dos tercios de votos y dentro del plazo de 15 días a partir de la fecha en que se integre.

El Decreto Ley N° 6876, de 5 de setiembre de 1930, cesó en sus cargos a los vocales de la Corte Suprema, doctores Óscar C. Barrós, José Granda, Ángel Gustavo Cornejo, Benjamín Huamán de los Heros y José Matías León; y a los fiscales Plácido Jiménez y Heráclides Pérez; y eligió a sus reemplazantes Vocales doctores José María de la Jara y Ureta, Julio C. Campos, Eulogio Ugarte, Manuel Benigno Valdivia y Enrique Vélez, y Fiscales Raúl O. Mata y Eleodoro Romero Romaña.

El Decreto Ley N° 6877, de 5 de setiembre de 1930, nombró vocal de la Corte Suprema al doctor Raúl O. Mata (designado ese mismo día Fiscal); el Decreto Ley N° 6879, de 10 de setiembre de 1930, nombró vocal de la Corte Suprema al doctor Octavio Santa Gadea.

El Decreto Ley N° 6880, de 18 de setiembre de 1930, nombró vocales de la Corte Suprema a los doctores Germán Arenas, Manuel Carrión y Augusto Villagarca; y fiscal al doctor Carlos Zavala Loayza.

El Decreto Ley N° 6887, de 26 de setiembre de 1930, dispuso que los miembros de la Corte Suprema que formen el Tribunal de Sanción, integrarán, para los efectos de las ratificaciones judiciales a que se refiere el artículo 3° del Decreto Ley N° 6875, el expresado Tribunal, sin excluir a los magistrados que interinamente los reemplazan, asumiendo, para este solo efecto, la Presidencia de la Corte Suprema don Anselmo V. Barreto.

La Junta de Gobierno no sólo [*sic*] destituyó a Vocales de la Corte Suprema, sino que los reemplazó y, adicionalmente, designó al Presidente del Poder Judicial. Es verdad que la Corte Suprema había devenido en un instrumento del régimen de Leguía, pero los actos del gobierno de facto terminaron por suprimir de la justicia todo resquicio de independencia. En otras palabras, el Poder Judicial siguió siendo furgón de cola del poder político.

Posteriormente, fueron dictados el Decreto Ley N° 6914, de 29 de octubre de 1930, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al doctor Raúl Noriega; el Decreto Ley N° 6928, de 19 de noviembre de 1930, eligiendo vocal interino de la misma Corte al doctor Andrés Echevarría; y el Decreto Ley N° 6942, de 1a misma fecha, eligiendo, también, vocal interino de la Corte Suprema al doctor Felipe S. Portocarrero.

Respecto de los Jueces de Paz Letrados de la República se dictó el Decreto Ley N° 6943, de 19 de noviembre de 1930, por el cual se los declara titulares, con los mismos derechos, preeminencias y goces que los demás miembros del Poder Judicial.

El Decreto Ley N° 7058, de 20 de marzo de 1931, suspendió la elección como vocal de la Corte Suprema del doctor Eulogio Ugarte. El doctor de la Jara y Ureta declinó el nombramiento.

La intervención del Poder Judicial continuó durante los gobiernos de Benavides (1933-36) y de Manuel Prado (1939-45), bajo la Constitución de 1933, aprobada por un Congreso remendado y mutilado, estableció cuatro Poderes: Electoral, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Electoral coadyuvó a la nulidad del proceso electoral de 1936 y facilitó los fraudes electorales de 1939 y 1950.

## 20. El breve interregno democrático, el golpe de 1948 y el fraude de 1950

La Constitución de 1933 (artículos 220º a 231º) diseñó la estructura del Poder Judicial, sin cambios importantes. Los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso entre los diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo; los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, a su vez, eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema; y, finalmente, los Jueces de Primera Instancia y los Agentes Fiscales eran propuestos al Ejecutivo, en terna doble, por la respectiva Corte Superior.

En los interregnos democráticos de 1945-48, 1956-62 y 1963-68 los Poderes Legislativo y Ejecutivo respetaron la autonomía del Poder Judicial.

Empero, fue distinta la conducta del régimen autoritario de 1948 a 1956, conforme aparece de las siguientes disposiciones:

El Decreto Ley Nº 10899, de 18 de noviembre de 1948, derogó la Ley Nº 9654 sobre provisión de cargos en la Corte Suprema de Justicia, y dispuso que las vacantes de Vocales y Fiscales de ese Tribunal serían provistas por designación directa de la Junta Militar de Gobierno.

El Decreto Ley Nº 10903, de 25 de noviembre de 1948, nombró fiscales titulares de la Corte Suprema de Justicia a los doctores Marco Antonio García Arrese y Julio Villegas y vocal titular del mismo Tribunal al Dr. Raúl Pinto, en lugar de los doctores Fernando E. Palacios, Carlos A. Calle y Pelayo Samanamud.

El Decreto Ley Nº 10953, de 18 de febrero de 1949, mandó cortar los juicios por desacato al Presidente de la República, iniciados con anterioridad al 27 de octubre de 1948.

El Decreto Ley Nº 11032, de 7 de julio de 1949, nombró vocal interino de la Corte Suprema de Justicia, al Dr. Bernardino León y León, mientras durase la comisión encomendada por el Gobierno al titular Dr. Felipe S. Portocarrero.

El Decreto Ley Nº 11054, de 6 de agosto de 1949, mandó cortar los juicios iniciados a consecuencia de hechos producidos con ocasión del movimiento revolucionario del 27 de octubre de 1948; o sea los hechos delictuosos cometidos por los participantes en el golpe de Estado de esa fecha. Sin embargo, quedaron pendientes los procesos, por rebelión, seguidos en el fuero privativo militar contra los

ciudadanos que, también, participaron en el frustrado golpe del 3 de octubre del mismo año.

El Decreto Ley N° 11350, de 10 de mayo de 1950, nombró vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor Pedro Germán Delgado, en lugar del doctor Manuel Benigno Valdivia, que se había jubilado.

Los referidos Decretos Leyes violaban flagrantemente la Constitución Política de 1933, en cuanto ésta [sic] establecía el procedimiento para elegir a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, que era atribución asignada al Congreso, previa propuesta, en decenas, de los candidatos por el Poder Ejecutivo.

La Sala Plena de la Corte Suprema, conformada al margen de la constitucionalidad, a su vez, designó a uno de sus miembros –el doctor Raúl A. Pinto– para que presidiera el Jurado Nacional de Elecciones, que perpetró el fraude electoral de 1950. Con candidato único a la Presidencia de la República, con apoyo de los otros miembros del Jurado Nacional de Elecciones, con la entusiasta colaboración de todos los Jurados Departamentales de Elecciones, sin personeros en las mesas de sufragios y con la anticipada elaboración de las actas electorales, la labor del doctor Raúl A. Pinto fue relativamente sencilla y totalmente repugnante.

Posteriormente, el Congreso de la República, elegido fraudulentamente, aprobó las siguientes Resoluciones Legislativas sobre nombramientos judiciales:

Resolución Legislativa N° 11492, de fecha 13 de setiembre de 1950, eligiendo fiscal titular en lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. José Varela Orbegoso, para llenar la vacante producida por la jubilación del Dr. D. Pelayo Puga.

Resolución Legislativa N° 11559, de fecha 15 de enero de 1951, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Carlos Sayán Álvarez, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Bernardino León y León, que la servía interinamente por ausencia del titular Dr. D. Felipe S. Portocarrero.

Resolución Legislativa N° 11626, de fecha 16 de octubre de 1951, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. Carlos Sayán Álvarez, en la vacante producida por fallecimiento del Dr. Felipe S. Portocarrero.

Resolución Legislativa N° 11787, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Ricardo

Bustamante Cisneros, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Carlos Láinez Lozada.

Resolución Legislativa Nº 11788, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Roberto F. Garmendia Castañeda, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Frisancho.

Resolución Legislativa Nº 11789, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Daniel O. Checa, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Cecilio Cox.

Resolución Legislativa Nº 11790, de fecha 25 de marzo de 1952, eligiendo fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Leonidas Febres, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Julio Villegas.

Resolución Legislativa Nº 11807, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Leonidas Velarde Álvarez H., para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Joaquín Sotelo.

Resolución Legislativa Nº 11808, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Humberto Mares Urdanivia, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Pedro Germán Delgado.

Resolución Legislativa Nº 11809, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo fiscal titular en lo administrativo de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Gilberto Chirinos Rodríguez, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. José Varela Orbegoso.

Resolución Legislativa Nº 11810, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Emilio F. Valverde, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Raúl Noriega.

Resolución Legislativa Nº 11811, de fecha 17 de abril de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al Dr. D. Carlos Alfredo Maguiña, para llenar la vacante producida por jubilación del Dr. D. Lucio Fuentes Aragón.

Resolución Legislativa Nº 11886, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema al Dr. D. Raúl Alva, en la vacante producida por jubilación del Dr. D. Carlos Zavala Loayza.

Resolución Legislativa Nº 11887, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal titular de la Corte Suprema al Dr. D. Leoncio E. Serpa,

en la vacante producida por fallecimiento del Dr. D. Humberto Mares Urdanivia.

Resolución Legislativa N° 11888, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al Dr. D. César Augusto Lengua, mientras el titular Dr. D. Juan Bautista de Lavalle desempeña una comisión del Gobierno.

Resolución Legislativa N° 11889, de fecha 28 de noviembre de 1952, eligiendo vocal interino de la Corte Suprema al Dr. D. José Ignacio Tello Vélez, mientras el titular Dr. D. Raúl A. Pinto desempeñaba una comisión del Gobierno.

Empero, resulta útil admitir que, utilizando la potestad conferida por el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales (de 1940), concordante con el artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (de 1912), se dispuso la conformación de Tribunales Correccionales Extraordinarios, integrados por un vocal titular y dos vocales suplentes, a efectos de que resolvieran los centenares de procesos, con reos en cárcel, que no podían ser vistos por los Tribunales Correccionales ordinarios. Fue formulada una consulta al Colegio de Abogados de Lima respecto a la incompatibilidad de esa función transitoria y el ejercicio de la abogacía, siendo absuelta la consulta el 25 de noviembre de 1992 (“Revista del Foro”, Año XXXIX, Setiembre-Diciembre de 1952, N° 3, pág. 443).

El Gobierno del general Manuel A. Odría se prolongó hasta el 27 de julio de 1956, con la secuela de persecuciones, prisiones y deportaciones de centenares de peruanos que le eran adversarios, utilizando con ese objeto el instrumento denominado “Ley de Seguridad Interior de la República” (Decreto Ley N° 11049). El Poder Judicial, totalmente sumiso, rechazaba sistemáticamente los recursos de hábeas corpus presentados por los afectados o por sus familiares. Sólo *[sic]* en la etapa final de ese régimen autoritario se permitió el retorno al Perú del ex Presidente doctor José Luis Bustamante y Rivero; y subrepticamente de algunos dirigentes opositores.

En el Gobierno del doctor Manuel Prado Ugarteche (1956-62) se observaron las formalidades establecidas por la Constitución de 1933 para la elección de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

## 21. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Decreto Ley N° 14605)

El 25 de julio de 1963, la Junta Militar de Gobierno dictó el Decreto Ley N° 14605, que puso en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder

Judicial. Durante el Gobierno del Ppresidente Fernando Belaunde Terry (1963-68) la elección de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema fue realizada con observancia de la misma Constitución de 1933, participando todos los sectores políticos representados en el Congreso de la República. Igualmente, se hizo el nombramiento de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores y de los jueces de los distintos Distritos Judiciales en base a la idoneidad de los mismos. Naturalmente, pudo incurrirse en algunos errores.

En el artículo 1º de dicha LOPJ se declaró:

La función de administrar justicia compete al Poder Judicial y es ejercida por los Tribunales y Juzgados que lo componen de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

Asimismo, se enfatizó en la independencia del Poder Judicial, pues el artículo 2º expresó:

En el ejercicio de sus funciones el Poder Judicial es independiente de los otros Poderes las leyes.

También se destacó que no podía instituirse jurisdicción distinta a la del Poder Judicial; pero se hizo la salvedad del Fuero Militar, que tenía legislación propia. El artículo 4º determinó:

No puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial. El Fuero Militar se rige por su propia ley.

Fue importante reconocer la primacía de la Constitución respecto de la ley que le es incompatible. La innovación armonizaba con el inaplicado artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936; y, más adelante, con el artículo 87º de la Constitución Política del Perú, promulgada el 12 de julio de 1979. Además, señaló la inaplicación de los decretos y reglamentos contrarios a la Constitución y las leyes. Literalmente, el artículo 8º de la LOPJ dispuso:

Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto se elevaran en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

La sentencia de segunda instancia, se elevaran en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicaran los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.

Consecuencia de la independencia y autonomía del Poder Judicial fue la disposición acerca del valor de la cosa juzgada, cuyo valor no podía ser discutido, salvo en los casos del derecho de gracia, del indulto y de la amnistía. El artículo 12º resolvió:

Ningún Poder del Estado podrá ordenar que queden sin efecto las resoluciones judiciales que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, excepto que se trate del ejercicio del derecho de gracia que corresponde al Congreso o del indulto y la amnistía.

Fue reconocida la carrera judicial y, dentro de ella, el derecho de ascenso. El artículo 30º dispuso:

Artículo 30º.- La presente Ley reconoce el derecho de ascenso dentro de la carrera judicial. La carrera judicial comprende los siguientes grados:

- 1º- Relatores, Secretarios de Corte y Jueces de Paz Letrados;
- 2º- Jueces de Primera Instancia que comprenden los de lo Civil de Trabajo, de Tierras, de Instrucción y de Menores, así como Agentes Fiscales;
- 3º- Vocales y Fiscales de la Corte Superior;
- 4º- Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

Correspondía al Poder Ejecutivo formular las decenas con el objeto de proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema en la forma prevenida por el artículo 38º de la LOPJ, según el que:

Para formular las decenas correspondientes con el objeto de proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo elegirá entre los diecisiete Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores de la República que ocupen los primeros puestos en los cuadros de antigüedad y de méritos a que se refiere el artículo 38º y entre cinco abogados presentados por la Corte Suprema. Cada decena deberá comprender ocho magistrados y dos abogados.

Las ternas formuladas por la Corte Suprema, para cubrir cargos vacantes en las Cortes Superiores, debían ceñirse al artículo 49º, conforme al cual:

Las ternas que formule la Corte Suprema para proveer los cargos vacantes de Vocales y Fiscales de Cortes Superiores serán

integradas por cuatro miembros del Poder Judicial seleccionados entre los que ocupen los diez primeros puestos en los cuadros respectivos de antigüedad y de méritos. La Corte Suprema podrá seleccionar magistrados del mismo grado que corresponde a la vacante. Además, las ternas comprenderán dos abogados seleccionados entre los cuatro que presente la Corte Superior respectiva.

La Corte Suprema tenía once Vocales y tres Fiscales en lo Judicial y dos Fiscales en lo Administrativo, según dispuso el artículo 112º de esta LOPJ (14605). La Corte Suprema conocía los recursos de nulidad y de queja en materia civil, de trabajo, penal y militar. Dirimía las competencias conforme a los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales; resolvía los casos de extradición de acuerdo con las leyes y tratados; conocía del recurso de revisión de las sentencias penales y las otras materias referidas en el artículo 113º de esa ley. Como su precedente, la LOPJ señalaba los casos en que la Corte Suprema, en primera y en segunda instancias, conocía los asuntos contra los altos funcionarios del Estado y las dignidades eclesiásticas. Las demás atribuciones de la Corte Suprema estaban enumeradas en el artículo 114 de esa ley, entre ellas formular su proyecto de presupuesto anual; presentar proyectos de ley; exponer al Congreso los casos de vacíos o deficiencias de las leyes; así como otras funciones administrativas.

La innovación, a efectos de acelerar el despacho, estriba en que podía funcionar con dos Salas de cinco Vocales, presidida por el más antiguo, y por dos Salas de tres Vocales, para conocer los asuntos mencionados en el artículo 117º. En Sala Plena la Corte Suprema se reunía para resolver los recursos de revisión en materia penal, así como los recursos contra resoluciones de las Cortes Superiores en materia de legitimación; para la ceremonia de apertura del año judicial; para tomar conocimiento de las leyes y decretos que le comunique el Poder Ejecutivo (aunque para tal conocimiento era suficiente la publicación de la norma respectiva en el diario oficial *El Peruano*) y para realizar los demás actos previstos en la ley.

De acuerdo con esta LOPJ (14205), los miembros del Ministerio Público (Fiscales y Agentes Fiscales) formaban parte del Poder Judicial, manteniendo el *status* precedente.

## 22. El régimen militar y la usurpación de la justicia

Durante el período democrático 1963-68 se respetó la separación de Poderes. Empero, producido el golpe militar del 3 de octubre de

1968, la conducta del denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada fue distinta. No sólo [sic] intimidó a la población, con la permanente suspensión de las libertades públicas y de los derechos fundamentales, sino que mantuvo sumiso al Poder Judicial. Los nombramientos fueron hechos discriminada y parcialmente.

La relación de los Vocales y Fiscales Supremos designados en el período de doce años del Gobierno militar así lo demuestra. En efecto, fueron expedidos, con ese propósito, los siguientes Decretos Leyes:

Decreto Ley Nº 17333, de 2 de enero de 1969, que nombró vocal titular de la Suprema al Dr. Manuel Segundo Núñez Valdivia.

Decreto Ley Nº 17693, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal titular de la Suprema al Dr. Andrés Molinari Balbuena.

Decreto Ley Nº 17694, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor Manuel Octavio Torres Malpica.

Decreto Ley Nº 17695, de 11 de junio de 1969, que nombró fiscal administrativo de la Suprema al Dr. Arturo Linares.

Decreto Ley Nº 17750, de 23 de julio de 1969, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor José Luis Ponce Mendoza.

Decreto Ley Nº 17861, de 29 de octubre de 1969, que nombró fiscal titular de la Corte Suprema de Justicia de la República al doctor Remigio Pino Carpio.

El “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” por Decreto Ley Nº 18060, de 24 de diciembre de 1969, dispuso la reorganización del Poder Judicial y cesó a los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema. El régimen usurpador consideró que era su objetivo “moralizar el país en todos los campos de la actividad nacional y restablecer plenamente el principio de autoridad, el respeto a la ley y el imperio de la justicia”. Reiterando ese mismo concepto, sostuvo que “dentro de la acción renovadora de las instituciones nacionales asumida por el Gobierno Revolucionario constituye materia de fundamental importancia la reforma general de la administración de Justicia”. Aludió al hecho de que “la acumulación de procesos y el excesivo número de inculpados y acusados detenidos sin que judicialmente sea definida su situación, demuestra retardo en la administración de Justicia lo que debe ser superado”.

Consideró el Gobierno militar que “la reforma ha de encarar primordialmente la tarea de configurar el Poder del Estado encargado de tal administración dentro de lineamientos que, asegurando básicamente su total e indispensable independencia, garanticen asimismo la idoneidad de su personal componente dentro de un sistema que, alentando el esfuerzo y la dedicación austera, excluya la permanencia en el cargo de los magistrados que no hubieran demostrado tal idoneidad para la función; y que “igualmente constituye factor básico de esa reforma la redistribución adecuada de los Tribunales y Juzgados que satisfaga las necesidades reales del país; así como la expedición de normas que dinamicen la administración de la Justicia”.

Para la reforma judicial, el Gobierno estimó que “análogamente es indispensable proceder a una severa ratificación extraordinaria de todos los magistrados de Primera y Segunda Instancia de la República”, con lo cual, por una parte, trataba de congraciarse con la población, y, por otra, tener un Poder Judicial hecho a la medida de sus intereses.

El Gobierno militar, finalmente, justificó su decisión en “el clamor general de la ciudadanía, traduciendo con las medidas que adopta tanto la aspiración general de la opinión, como la de las instituciones profesionales especializadas”.

Las disposiciones del Decreto Ley N<sup>o</sup> 18060, concretamente, fueron las siguientes:

Artículo 1<sup>o</sup>.- Declarase en estado de reorganización el Poder Judicial, cesando a la fecha en sus cargos los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema.

Artículo 2<sup>o</sup>.- La Corte Suprema queda integrada por los magistrados elegidos en la fecha por Decreto-Ley, con el carácter de titulares.

Artículo 3<sup>o</sup>.- Toda elección de Vocales y Fiscal de la Corte Suprema será por un periodo de cinco años; siendo posible la reelección sucesiva.

Artículo 4<sup>o</sup>.- La Corte Suprema se compondrá de dieciséis Vocales y un Fiscal, con categoría de Ministros de Estado. Los primeros conformaran tres Salas de cinco miembros cada una y un Presidente. Las Salas se ocuparan de las materias de carácter civil la primera, de las de carácter penal la segunda y de los asuntos contencioso-administrativos, laborales y de Derecho Publico en general, la tercera.

En cada Sala actuara como Vocal ponente para cada asunto uno de sus miembros.

El Fiscal conocerá de los asuntos de orden administrativa, con las funciones que la ley vigente le asigna.

Artículo 5º.- Adicionalmente a sus atribuciones ordinarias, la Corte Suprema queda encargada de:

- a) Pronunciarse en vía de ratificación extraordinaria y dentro del termino de noventa días a partir de la fecha, sobre la continuación o cese en el cargo de todos y cada uno de los Jueces y Vocales de la Republica, así como de los miembros del Ministerio Publico;
- b) Proceder a la modificación de la demarcación de los Distritos Judiciales, con el propósito de que esa distribución responda a las necesidades reales de la administración de Justicia, trasladando y creando las plazas que fueren necesarias por esta vez;
- c) Elaborar la Tabla de Términos de Distancia, dentro del termino de noventa días a partir de la fecha;
- d) Elaborar, dentro de igual término, el Arancel de Derechos Judiciales; y,
- e) Dictar las medidas de urgencia que estime convenientes llamando, además, al personal suplente que sea necesario, y vigilar su riguroso cumplimiento a efecto de garantizar la observancia de los términos legales en todos los procesos y la oportuna atención de los recursos y notificaciones; sancionando severamente a los Jueces y auxiliares de Justicia responsables hasta obtener la extirpación de las deficiencias existentes.

Artículo 6º.- En todos los casos en que la acusación fiscal escrito pidiere pena no superior a seis años de penitenciaría, relegación o prisión; el juicio oral podrá llevarse a cabo con la intervención de un solo Vocal, llamándose en estos casos al Fiscal suplente y al personal auxiliar que fuere menester. Las Cortes Superiores organizaran turnos para la realización de audiencias matutinas y vespertinas hasta que desaparezca la actual congestión de procesos. Entretanto, los Vocales de los Tribunales Correccionales podrán también resolver unipersonalmente los incidentes y excepciones que se plantearan contra la acción penal.

Artículo 7º.- Crease el Consejo Nacional de Justicia, organismo que será integrado por los siguientes delegados: Dos del Poder Ejecutivo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados de Lima y uno por cada Programa Académico de Derecho de las dos Universidades Nacionales más antiguas.

Artículo 8º.- Para ser Delegado ante el Consejo Nacional de Justicia se requerirá tener la nacionalidad peruana por nacimiento, título de abogado y ejercicio profesional no menor de 20 años. La función durara dos años, no siendo posible la reelección inmediata.

El Consejo elegirá su Presidente para un periodo de seis meses, no siendo posible, tampoco, la reelección inmediata. El quórum de la asamblea será de siete miembros, bastando el voto conforme de seis para hacer resolución. El Consejo elaborara su Reglamento.

Artículo 9º.- La función del Consejo Nacional de Justicia será la de elegir a los magistrados de todo el Poder Judicial de la República, con la excepción de los Jueces de Paz, y sujetándose al sistema de propuestas vigente.

Cuando lo estimara conveniente, el Consejo Nacional de Justicia podrá constituir Consejos Regionales de Justicia en los que se delegue la elección de los magistrados, de los Distritos Judiciales respectivos, fijando su reglamentación.

Artículo 10º.- “El periodo de vacaciones judiciales será del 31 de enero al 12 de marzo de cada año”. Si esta ultima fecha recayera en día inhábil, la apertura de tribunales se realizara el inmediato siguiente hábil.

Artículo 11º.- Dejase en suspenso el articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 14605 en cuanto se oponga al presente Decreto-Ley y derogase el artículo 8º del Decreto-Ley Nº 17110 y todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan al mismo.

Con el Decreto Ley Nº 18061, de 24 de diciembre de 1979, el régimen militar designó vocales de la Corte Suprema a Manuel Segundo Núñez Valdivia, Luis Ponde Mendoza, Octavio Torres Malpica, Alejandro Bustamante Ugarte, Enrique Cuentas Ormachea, Juan Domingo Córdova Vargas, Francisco Velasco Gallo, Alberto Ballón Landa Arrisueño, José García Salazar, Javier Alzadora Valdez, José Santos Rivera, Emilio Llosa Rickets, Manuel García Calderón, Koekchin,

Ricardo Nugent López Chávez y Plácido Galindo Pardo; y fiscal a Jesús Antonio Linares Barreda.

El “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas” se dio maña para integrar el Consejo Nacional de Justicia con personas que le eran absolutamente adictas, plenamente identificadas con el proceso del régimen usurpador y anhelosas de colocar a sus amigos en el Poder Judicial, para manejarlo y obtener réditos.

Por supuesto, el contenido de los Decretos Leyes N<sup>os</sup>. 18060 y 18061 estaba en franca pugna con la Constitución; pero había[n] abogados dispuestos a pasar por encima de ella, como en otras oportunidades que registra la historia, antes y después de 1969.

Empero, los revolucionarios del Gobierno militar suprimieron las Fiscalías de la Corte Suprema. Posteriormente, arrepentidos, dictaron el Decreto Ley N<sup>o</sup> 18200, de 7 de abril de 1970, en el cual expresan que, en vista de esa supresión, era necesario establecer la representación del Ministerio Público en los procesos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley N<sup>o</sup> 17417, correspondía conocer a la Corte Suprema en Primera y Segunda Instancia. Por lo tanto, dispone ese Decreto Ley:

Artículo 1<sup>o</sup>.- Al establecerse la conformación del Tribunal Correccional y la designación del Vocal Instructor, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 17<sup>o</sup> del Código de Procedimientos Penales, se designaran los representantes del Ministerio Público ad-hoc que sean necesarios para la tramitación y resolución de las causas indicadas en el Decreto-Ley N<sup>o</sup> 17417.

Artículo 2<sup>o</sup>.- Para las causas que se indica en el artículo anterior y que actualmente se encuentren en trámite en la Corte Suprema, la Sala Penal procederá a la designación de los respectivos Fiscales ad-hoc.

El 7 de abril de 1970, el gobierno usurpador dictó el Decreto Ley N<sup>o</sup> 18202, para establecer las materias que debían resolver las Salas de la Corte Suprema. De acuerdo con el artículo 1<sup>o</sup> de ese Decreto Ley –que modificó el artículo 4<sup>o</sup> del Decreto Ley N<sup>o</sup> 18060– correspondía:

- a) La Primera Sala Civil, conocerá de los juicios ordinarios y ejecutivos, sus incidencias, competencias y quejas de derecho, así como de los casos que la Ley Orgánica del Poder Judicial N<sup>o</sup> 14605 dispone sean de conocimiento de la Primera Sala de la Corte Suprema.

- b) La Segunda Sala Civil, conocerá de los demás juicios y procedimientos no considerados en el inciso anterior; así como de los asuntos laborales y de Derechos Publico en general, sus incidencias, competencias, quejas de derecho y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere el Artículo 4º del Decreto-Ley Nº 17083.
- c) La Sala Penal, conocerá de los procesos penales sus incidencias, competencias, quejas de derecho así como de los procedimientos de extradición y de las acciones de Habeas Corpus a que se refiere la primera parte del Artículo 1º del citado Decreto-Ley Nº 17083.

El artículo 2º dispuso:

No hay recurso de nulidad; a) en las causas cuyo interés no pasa de S/. 30.000.00; b) en los juicios de alimentos cuando la pensión fijada no exceda de S/. 10.000.00 mensuales, salvo que lo interponga el alimentista; c) en los juicios de desahucio y aviso de despedida, cuando la merced conductiva no exceda de S/. 30.000.00 soles anuales.

Por Decreto Ley Nº 19059, de 9 de diciembre de 1971, se dispuso que la Corte Suprema y las Cortes Superiores de la República designarán anualmente entre sus miembros y entre los Jueces y Agentes Fiscales de sus respectivos Distritos, sin distinción de cargo y antigüedad, a los Magistrados que deben integrar los organismos administrativos y jurisdiccionales que por disposición legal estén constituidos con Vocales, Fiscales, Jueces y Agentes Fiscales, así como otros organismos administrativos.

Decreto Ley Nº 19957, de 21 de marzo de 1973, se autorizó a la Corte Suprema para dictar disposiciones a fin de organizar el trabajo judicial.

También, para cubrir vacantes producidas en la Corte Suprema, fueron expedidos los siguientes Decretos Leyes:

El Decreto Ley Nº 19027, de 10 de noviembre de 1971, que nombró vocal titular de la Corte Suprema al doctor Juan Octavio Arce Murúa.

El Decreto Ley Nº 19572, de 13 de octubre de 1972, que nombró vocal de la corte Suprema de la República al doctor César Barrós Conti.

El Decreto Ley Nº 19972, de 5 de abril de 1973, que nombró fiscal titular en lo administrativo de la Suprema al doctor Humberto Gálvez Durán Candiotti.

El Decreto Ley N° 20240, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Francisco Rojas Espinoza.

El Decreto Ley N° 20241, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Manuel Tamayo Vargas.

El Decreto Ley N° 20242, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor José Samanez Concha.

El Decreto Ley N° 20243, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor César Pollak Romero.

El Decreto Ley N° 20244, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Ulises Quiroga Masías.

El Decreto Ley N° 20245, de 5 de diciembre de 1973, que nombró vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Julio Ernesto Valdivia Pezo.

El Decreto Ley N° 20246, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Artemio Alvarez Benavides.

El Decreto Ley N° 20247, de 5 de diciembre de 1973, que designó vocal titular de la Corte Suprema de la República al doctor Federico Gutiérrez Salazar.

El Decreto Ley N° 21072, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema de Justicia al doctor José Antonio García Salazar.

El Decreto Ley N° 21073, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema al doctor Francisco Velasco Gallo.

El Decreto Ley N° 21074, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal titular de la Corte Suprema de Justicia doctor Ricardo Nugent López Chávez.

El Decreto Ley N° 21075, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia al doctor Guillermo García Montufar.

El Decreto Ley N° 21076, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal Titular de la Corte Suprema al doctor José I. Tello Campodónico.

El Decreto Ley N° 21077, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia al doctor Raúl Vargas Mata.

El Decreto Ley N° 21078, de 22 de enero de 1975, que confirmó como vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República al doctor Guillermo Figallo Adrianzén.

Otras normas relacionadas con la administración de justicia, que demuestran la intervención del Poder Judicial por el “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas”, están insertas en los siguientes Decretos Legislativos:

El Decreto Ley N° 18162, de 4 de marzo de 1970, que modificó el Artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial No. 14605.

El Decreto Ley N° 18200, de 8 de abril de 1970, que se refiere al nombramiento de los Fiscales *ad hoc*.

El Decreto Ley N° 18201, de 8 de abril de 1970, que dispuso que la Corte Suprema elegirá anualmente dos suplentes del Fiscal en lo Administrativo y dos por Relator.

El Decreto Ley N° 18202, de 08 [sic] de abril de 1970, que modificó el artículo 4° del Decreto Ley N° 18060, sobre Materias que tratarán las Tres Salas de la Suprema.

El Decreto Ley N° 18326, de 1 de julio de 1970, que estableció las normas para elegir a los Magistrados de todo el Poder Judicial. En sus considerandos expresa que por Decreto Ley N° 18060 fue creado el Consejo Nacional de Justicia con la función de elegir a todos los Magistrados del Poder Judicial de la República, según el sistema de propuestas vigente, pero que ese sistema exhibe, entre otros inconvenientes, el de sustentarse en ternas y decenas en las que pueden omitirse candidatos de calidad o ser incluidos quienes ni aspiren a ser jueces, vocales o representantes del Ministerio Público; y, lo que es más grave, desaprovechados para otras vacantes, los incluidos en ternas o decenas que no hubiesen sido elegidos. Con tales y otros argumentos, el gobierno usurpador –o Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas– decretó:

Artículo 1º.- Para proveer los cargos judiciales que a criterio de la Corte Suprema sean de inaplazable urgencia, se observarán con

carácter transitorio las normas que se establecen en el presente Decreto Ley.

Artículo 2º.- Para el nombramiento de los Jueces de Primera Instancia y de los Agentes Fiscales de cada Provincia, las Cortes Superiores propondrán al Consejo Nacional de Justicia, por intermedio de la Corte Suprema, listas de candidatos con número no mayor de seis por cada plaza vacante, debiendo reunir los propuestos los requisitos que señala el artículo 42º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los respectivos Colegios de Abogados, en ejercicio de iguales atribuciones y observando el mismo procedimiento, propondrán al Consejo Nacional de Justicia igual número de candidatos, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha en que el Consejo solicite las listas.

Asimismo, la Federación de Colegios de Abogados podrá remitir, en igual término y a solicitud del Consejo, nómina de abogados inscritos en Colegios distintos del de la sede de la vacante, que aspiren a los cargos que se trata de proveer. Los abogados propuestos deberán reunir los requisitos de ley y ser idóneos a juicio de la Federación.

Artículo 3º.- Recibidas las propuestas, el Consejo Nacional de Justicia ordenará su publicación por tres días consecutivos en el diario oficial "El Peruano" indicando que los candidatos y cualquier persona o entidad pueda hacer llegar a la Secretaría del Consejo, en el plazo de diez días a partir de la última publicación, todas las informaciones y documentos que estimen necesarios a la elección.

Artículo 4º.- El Consejo Nacional de Justicia, previa entrevista personal, con arreglo a su Reglamento procederá a calificar a los propuestos, teniendo en cuenta el currículum vital documentado, la información razonada y demás elementos de juicio.

Artículo 5º.- Para proveer los cargos de Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores, la Corte Suprema propondrá al Consejo Nacional de Justicia, listas de candidatos en número no mayor de seis por cada una de las plazas vacantes y con los requisitos que señala el artículo 41º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los Colegios de Abogados y la Federación Nacional de Colegios de Abogados ejercerán idénticas atribuciones a las señaladas en los parágrafos 2º y 3º del artículo 2º.

La elección de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores se sujetará al procedimiento establecido en los artículos 3º y 4º del presente Decreto Ley.

Artículo 6º.- Para proveer las Vocalías y Fiscalías de la Corte Suprema que pudieran vacar dentro del régimen transitorio a que se contrae el presente Decreto Ley, la Corte Suprema, La Federación Nacional de Colegios de Abogados y el Colegio de Abogados de Lima, propondrán sendas decenas al Consejo Nacional de Justicia.

Como la Corte Suprema y las Cortes Superiores estaban copadas por allegados al régimen usurpador, salvo excepciones, y adicionalmente (aunque no era necesario) existía un manejo de varios Colegios de Abogados por amigos del oficialismo dictatorial, el Consejo Nacional de Justicia, también conformado por amigos de los revolucionarios gobernantes, no tenía dificultad para continuar infiltrando al Poder Judicial con adictos, nuevos o reciclados, del régimen que surgió del golpe del 3 de octubre de 1968.

La reforma del Poder Judicial, emprendida en el período 1968-80, fracasó tanto o más que las precedentes.

El Decreto Ley Nº 18720, de 9 de enero de 1971, que modificó el Título XXI de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre vacaciones del personal.

El Decreto Ley Nº 18895, de 23 de junio de 1971, que prorrogó los plazos establecidos en los Decretos Leyes Nos. 18826, 18350 y 18810 hasta el 31 de diciembre de 1971.

El Decreto Ley Nº 18918, de fecha 4 de agosto de 1971, que designa el 4 de agosto como “Día del Juez”.

El Decreto Ley Nº 18919, de fecha 4 de agosto de 1971, para determinar las insignias que deben usar Magistrados de Cortes.

El Decreto Ley Nº 18920, de fecha 4 de agosto de 1971, que creó la Condecoración de la Orden Peruana de la Justicia.

El Decreto Ley Nº 18985, de fecha 13 de octubre de 1971, que otorgó facultades al Consejo Nacional de Justicia para elegir a los Magistrados del Poder Judicial.

El Decreto Ley Nº 21354, de fecha 17 de diciembre, señalando las normas para magistrados del Poder Judicial.

## 23. El Consejo Nacional de Justicia

El Decreto Ley N° 21023, de fecha 18 de diciembre de 1974, relacionado con cubrir las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema de Justicia, dispuso:

Dentro del término de cinco días de vigencia del presente Decreto Ley, la Corte Suprema de Justicia de la República remitirá al Gobierno revolucionario de la Fuerza Armada, por intermedio del Primer Ministro, la relación de los Magistrados de esa Corte que deseen dejar sus cargos al vencimiento del término para el que fueron elegidos.

Las vacantes que se produzcan por vencimiento del período al que se refiere la parte considerativa del presente Decreto Ley serán provistas por el Consejo Nacional de Justicia, eligiendo entre los Magistrados que no están comprendidos en el párrafo precedente, los candidatos que hubieran sido propuestos en anteriores oportunidades por la Corte Suprema, por la Federación Nacional de Colegios de Abogados y por el Colegio de Abogados de Lima, así como entre quienes se presenten directamente y reúnan los requisitos de ley.

Para los magistrados en ejercicio se sustituye la entrevista personal por la evaluación que el Consejo haga de su labor. Para los demás candidatos, por esta vez, no será necesaria la entrevista personal, bastando la apreciación de su currículum vital.

El Decreto Ley N° 21023 resultó ser una fórmula para disimular la elección digitada de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Personajes cercanos al “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas” se prestaron para integrar el Consejo Nacional de Justicia. La consecuencia fue que, salvo honrosas excepciones, ingresaran a la Magistratura letrados vinculados al régimen usurpador. Los nombramientos, ciertamente, fueron hechos al margen del sistema constitucional de gobierno que entonces, como en tantas otras etapas de nuestra vida republicana, fue simplemente literatura jurídica y no realidad existencial.

## 24. El Plan del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada

El Decreto Ley N° 21049, de 31 de diciembre de 1974, cortó la secuela de juicios por acciones seguidas ante Jueces y Tribunales Privativos de Guerra.

Fue objetivo del Decreto Ley N° 21307, de 12 de noviembre de 1975, ejecutar la “reforma judicial”, reclamada por varios sectores del país,

especialmente los Colegios de Abogados. Se afirmó, por ello, en la parte considerativa de tal Decreto Ley:

Que el Estatuto y el Plan de Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, define el carácter radical de los cambios que se postulan en el ámbito judicial y la tónica revolucionaria que debe informar la legislación de esta materia;

Que la tarea nuclear de la reforma consiste en trabajar sobre la realidad social del país, motivarse en los postulados renovadores de la Revolución, y, en función de ambos, replantear el problema de la administración de justicia en el Perú, para hacerla eficaz y oportuna en base a su independencia orgánica y funcional; y,

Que la magnitud y complejidad de la tarea que se propone, supera las posibilidades de una comisión de tipo tradicional, demanda el esfuerzo solidario de un equipo calificado, que por razón de su función esté [*sic*] en contacto permanente con la problemática judicial, por lo que esta tarea debe ser continuada por miembros de la propia administración de justicia, con la cooperación de todos los sectores de la comunidad, sin perjuicio de que ésta [*sic*], en los casos que lo considere conveniente, haga llegar directamente sus sugerencias al Primer Ministro.

En consecuencia, se dispuso que:

Artículo 1.- Créase la Comisión de Reforma Judicial, encargada de continuar el proceso de reforma de la administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 16 y 40 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Justicia (18831).

Artículo 2.- La Comisión de Reforma Judicial estará integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien la presidirá, y por tres Vocales de las misma Corte, un Vocal de Corte Superior y un Magistrado de Primera Instancia.

Artículo 3.- Los integrantes de la Comisión, a excepción del Presidente, serán designados por el Poder ejecutivo entre los magistrados Supremos, Superiores y de Primera Instancia de la República.

Artículo 4.- El cargo de Magistrado Comisionado, a excepción del Presidente, es a dedicación exclusiva y será ejercicio pro periodos anuales, entre el 17 de Marzo y el mismo día del año siguiente, pudiendo ser reelegido.

Artículo 5.- Son objetivos básicos de la reforma Judicial:

- a. Lograr que la administración de justicia, orgánica y funcionalmente independiente, sea garantía eficaz y oportuna del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los hombres e instituciones que integran la sociedad peruana como comunidad solidaria;
- b. El reordenamiento de la legislación sustantiva y procesal, dentro de una orientación que responda a la realidad socio-jurídica peruana;
- c. Instituir la participación del pueblo en la administración de justicia y fortalecer su conciencia jurídica a través del ejercicio de la función jurisdiccional;
- d. Integra la función judicial, sin perjuicio de la especialidad de los fueros privativos que sea necesario conservar;
- e. Simplificar y flexibilizar la organización judicial, capacitándola para su autoadaptación a las exigencias de los cambios sociales; y
- f. Encausar la actuación de los funcionarios judiciales dentro de los lineamientos éticos de la conducta funcional pública, las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional y la realidad social del país.

Artículo 6.- Para alcanzar los objetivos precedentes, la Comisión Judicial:

- a. Efectuará la evaluación y diagnóstico de la realidad socio-judicial del país;
- b. Formulará los planes de reforma y los propondrá al Supremo Gobierno, o, en su caso, a la Sala Plena de la Corte Suprema; y
- c. Elaborará el proyecto de Ley sobre organización y funciones de la administración de Justicia.

Artículo 7.- Compete adicionalmente a la Comisión de Reforma Judicial:

- a. Crear la estructura de apoyo requerida por sus necesidades funcionales;

- b. Formular su presupuesto de operación;
- c. Proponer a la Sala Plena de la Corte Suprema las medidas de urgencia que demande el buen funcionamiento de la administración de justicia y al Supremo Gobierno las reformas legislativas requeridas para el mismo fin; y,
- d. Elaborar su Reglamento.

Artículo 8.- En tanto se determine la estructura orgánica del Poder Judicial, regirán las disposiciones siguientes:

- a. Las salas jurisdiccionales de la Corte Suprema se compondrán de cuatro Vocales, siendo necesario tres votos conformes para que haya resolución, salvo los casos en los que por disposición de la Ley se requiera la unanimidad;
- b. Los asuntos administrativos que sean de competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema, serán informados por el Vocal que ésta [sic] designe; y
- c. La dedicación exclusiva de los Vocales de la Corte Suprema integrantes de la Comisión de Reforma Judicial, no excluye su participación en las sesiones de Sala Plena y demás actos corporativos de la Corte.

Artículo 9.- Los Magistrados de la Corte Superior y de Primera Instancia que integren la Comisión serán reemplazados por el Juez Decano y por el Secretario de Corte más antiguo del mismo Distrito Judicial, respectivamente.

Artículo 10.- Todos los organismos y reparticiones del Sector Público Nacional prestarán la colaboración que lee solicite la Comisión para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, la Comisión podrá solicitar la colaboración de las federaciones, colegios, universidades, así como de toda persona natural o jurídica del sector no público, sin perjuicio de que unas y otras hagan llegar sugerencias directamente al Primer Ministro.

Artículo 11.- Conviértese la Fiscalía en lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en Vocalía de la misma Corte, expidiéndose al actual Fiscal en lo Administrativo el Título de Vocal de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 12.- El Vocal de la Corte Suprema de Justicia que no integre Sala, será llamado, preferentemente, en los casos de impedimento, discordia, falta o licencia de los Vocales de Cualquiera de las Salas.

Artículo 13.- Asígnase a la Ofician Nacional de Asuntos Jurídicos las funciones que han correspondido al Fiscal en lo Administrativo de la Corte Suprema en los asuntos administrativos del Sector Público Nacional, exceptuándose los de la propia administración de justicia.

Artículo 14.- Los miembros que sean designados por primera vez para integrar la Comisión de Reforma Judicial, por excepción, desempeñarán el cargo hasta el 17 de Marzo de 1977.

Artículo 15.- Derógase o déjase en suspenso, en sus caso, las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

Naturalmente, la referida Comisión no fue sino un instrumento del “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas”, a fin de manipular al Poder Judicial. Los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, y 9 y los incisos a) y c) del artículo 8 fueron derogados por el artículo 11 del Decreto Ley N° 22422, de 17 de noviembre de 1979, por lo cual virtualmente abortó el intento de hacer la “reforma judicial”.

El “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” expidió, también, el Decreto Ley N° 21354, de 17 de diciembre de 1975, por el cual se señalaban las “normas” de edad límite para el ejercicio de la magistratura. El propósito evidente fue deshacerse de los Vocales y Fiscales que no habían adecuado su conducta al régimen usurpador. Una vez que se alcanzó ese objetivo, aquel Decreto Ley fue derogado por el Decreto Ley N° 22015, de 11 de diciembre de 1977. Así se manejó el Poder Judicial por el gobierno usurpador, que requería de jueces sumisos y obsecuentes. La historia debe registrar estos hechos, por cuya razón es necesario insertar, en este fundamento de voto, ambos Decretos Leyes.

## EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

### CONSIDERANDO:

Que entre los objetivos del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada está el de transformar la estructura del Estado haciéndola más dinámica y eficiente;

Que, dentro de dicha acción de transformación constituye materia de fundamental importancia la reorganización y renovación del Poder Judicial,

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1.- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República cesarán al cumplir sesenta y dos años de edad y los de las Cortes Superiores y de Primera Instancia al cumplir sesenta años de edad. Estos límites rigen únicamente para los Magistrados del Poder Judicial.

Artículo 2.- Las vacantes que se produzcan en la Corte suprema de Justicia se cubrirán, provisionalmente, con los Magistrados de Segunda Instancia más antiguos de la República.

En las vacantes que conforme al artículo anterior se produzcan en las Cortes Superiores y en Primera Instancia, la corte Suprema designará provisionalmente para cubrir las a los funcionarios inferiores de cualquier Distrito Judicial, y/o abogados en ejercicio, siempre que reúnan los requisitos que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dentro del término de treinta días útiles de iniciado el Año Judicial de 1976, la Corte Suprema realizará la evaluación de los Magistrados a que se refiere el acápite anterior para los efectos de su postulación como titulares.

(El Decreto Ley N° 21479, de 5 de mayo de 1976, prorrogó, hasta el 30 de junio de 1976, el plazo para la evaluación de magistrados provisionales a que se refiere el último párrafo del artículo 2).

Cuando ya estaban separados del Poder Judicial los Magistrados incómodos, se expidió el Decreto Ley N° 22015, de 11 de diciembre de 1977, por el cual se invocaba “razones de orden presupuestal que obligan a evitar el incremento de las listas pasivas”, y en consecuencia el “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” dispuso:

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo Unico.- Derógase el Decreto Ley 21354.

La situación político-social del Perú obligó al “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas”, que había sufrido varios cambios en su estructura inicial, a convocar a una Asamblea Constituyente para que elaborara una nueva Carta Política.

## 25. La Constitución de 1979: Poder Judicial y Ministerio Público

La Constitución de 1979, promulgada el 12 de julio de 1979, fue el resultado del consenso de distintas fuerzas políticas en la Asamblea Constituyente, y dispuso en su Decimosegunda Disposición General y Transitoria que:

Los vocales y fiscales de la Corte Suprema que fueron cesados en el ejercicio del cargo por Decreto Ley 18060; los que fueron separados, sin antejuicio constitucional, después de 1969; y los magistrados que lo fueron en la ratificación extraordinaria de 1970, no prevista en la Constitución, o a consecuencia del Decreto Ley 21354, están expeditos para reingresar al servicio judicial, sin previo concurso ni evaluación, siempre que tengan menos de setenta años, así como para que se les compute de abono, sin goce de haber, el tiempo transcurrido desde que fueron separados hasta que se inicie el gobierno constitucional o hasta que cumplan setenta años.

De esta manera, la Nación desagrió a los magistrados que fueron víctimas del régimen autoritario que asumió el poder como consecuencia del golpe de Estado del 3 de octubre de 1968. Empero, agravó la gramática española, pues debió ser la **Duodécima** Disposición General y Transitoria. Además, la propia Constitución, en su Decimotercera Disposición General y Transitoria, ordenó:

El Senado de la República, dentro de los sesenta días siguientes a su instalación, con el voto de más de la mitad de sus miembros, procede a ratificar a los Vocales de la Corte Suprema. Por su parte, la Corte Suprema, en Sala Plena, dentro de los ciento veinte días siguientes a su ratificación, procede, en igual forma, a ratificar a los demás Magistrados de la República de todos los fueros. En ambos casos, se da audiencia a los interesados. Ningún Magistrado judicial es separado de su cargo sin ser previamente citado y oído. La resolución debe expresar los fundamentos en que resudenta.

Hasta que se instale el Gobierno Constitucional, las vacantes que se produzcan en la Corte Suprema se proveen interinamente en la forma prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Senado de la República, instalado el 27 de julio de 1980, dio cabal cumplimiento a la ratificación de los Vocales de la Corte Suprema, dentro del plazo respectivo. La votación fue hecha mediante balotas, o sea con voto secreto. Asimismo, la Sala Plena de la Corte Suprema procedió a la ratificación de los Vocales de las Cortes Superiores y de los jueces de todos los distritos judiciales. Los abusos perpetrados por la dictadura fueron reparados.

La Constitución Política del Perú de 1979, en el artículo 232º, declaró:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

Los artículos 233º, 234º, 235º, 236º y 237º de esa Carta declararon las garantías y derechos de la función jurisdiccional; la prohibición de la pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior; estableció la primacía de la Constitución respecto de las leyes y de éstas [sic] sobre otras normas de inferior jerarquía; y determinó que eran órganos de la función jurisdiccional la Corte Suprema de Justicia, con sede en la capital de la República, las Cortes Superiores, con sede en la capital del Distrito Judicial que señala la ley; y los juzgados civiles, penales y especiales y los juzgados de paz.

Los artículos 238º, 239º, 240º, 241º, 242º, 243º y 244º trataron del presupuesto del Poder Judicial, que no debía ser menor del dos por ciento del presupuesto de los gastos corrientes para el Gobierno Central, con derecho para que el Presidente de la Corte Suprema participe en el debate presupuestal en el Congreso; de las acciones contencioso-administrativas; de los fallos en casación de la Corte Suprema; de las garantías de los Magistrados para el ejercicio de sus funciones hasta los setenta años; de la incompatibilidad de funciones, excepto la docencia universitaria; de la prohibición de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga y de los requisitos para ser magistrado.

En cuanto al Ministerio Público (que antes fue parte del Poder Judicial), la Constitución de 1979 le otorgó autonomía y organización jerarquizada, pues así lo declaraba el artículo 250º de esa Carta. De manera que concluyó el período republicano y constitucional (excepto la Constitución de 1856) en el cual ese Ministerio formaba parte del Poder Judicial.

En cuanto a nombramientos, el artículo 245º de la Constitución de 1979 declaraba:

El Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura.

El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema.

Durante los períodos 1980-85 y 1985-90 se cumplió, rigurosamente, ese precepto constitucional. La ratificación por el Senado se hizo, siempre, previa entrevista al propuesto; y con dictamen de la comisión correspondiente. De la misma manera, se procedió en el caso de los Magistrados del Ministerio Público, pues el artículo 251º de la propia Carta, en sus dos últimos párrafos, declaró:

Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías.

Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a idénticos requisitos y procedimientos. Una ley orgánica fija las demás disposiciones relacionadas con la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público.

## **26. Las Leyes Orgánicas del Ministerio Público y del Poder Judicial**

La Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 52), de 16 de marzo de 1981, con algunas modificaciones, mantiene vigencia hasta la actualidad (2006). Fue dictada por el Poder Ejecutivo en uso de la delegación de facultades legislativas contenida en la Ley N° 23230, de la que fui autor, cuando ejercí el cargo de Senador de la República. La LOMP tiene 107 artículos, incluyendo las disposiciones transitorias, derogatorias y modificatorias.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley N° 14605) fue sustituida por la contenida en el Decreto Legislativo N° 767, que entró en vigencia el 1º de enero de 1992, parcialmente modificado por el Decreto Ley N° 25869, de 26 de noviembre de 1992.

## **27. El golpe del 5 de abril de 1992 y el asalto al Poder Judicial**

Dentro de un sistema de gobierno emanado de la usurpación, se explica que se dictara el Decreto Ley N° 25869. Pero es ya un exceso –o ironía– que el régimen que violó la Constitución de 1979

invocara el inciso 11) del artículo 211 de esa Constitución para dictar el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, de 28 de mayo de 1993, para efectos del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “que consta de Siete Secciones, 304 artículos, una Disposición Complementaria y 33 Disposiciones Finales y Transitorias.” [sic]

El artículo 1º de la LOPJ define que la impartición de justicia emana del pueblo. Es verdad que el diseño de la Constitución habilita la elección popular de algunos jueces –los de paz– pero todos actúan en atención al origen constitucional de la potestad que les concede la Nación. En cuanto a la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional ha establecido con precisión sus límites, estando pendiente la ley que defina las materias concernientes a la jurisdicción militar, que es excepcional y tiene que cumplir los estándares internacionales con sujeción a los principios-valores que declara el artículo 139º de la actual Constitución. Ni la justicia arbitral, ni la militar, son discrecionales. El artículo 1º de la LOPJ dice:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

En relación con la autonomía e independencia del Poder Judicial, el artículo 2º explicita la norma constitucional e indica:

Autonomía e independencia del Poder Judicial.

El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.

En vez de haber sido el primer artículo de la ley, el artículo 3º señala:

Objeto de la Ley.

La presente Ley determina la estructura del Poder Judicial y define los derechos y deberes de los Magistrados, los justiciables y los auxiliares jurisdiccionales, para asegurar el cumplimiento y pleno respeto de las garantías constitucionales de la administración de justicia.

Dentro del criterio que tuvo la anterior LOPJ (14605), en relación con el carácter vinculante de las decisiones judiciales y los principios que guían la impartición de la justicia, el artículo 4º dice:

Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

La Constitución es la norma suprema de la cual dimanar las demás disposiciones legales y administrativas. La jerarquía de las normas está, de manera genérica, precisada en el artículo 51º de la actual Constitución. El control de la constitucionalidad de las leyes, concentrado y difuso, lo tiene el Tribunal Constitucional; pero el control difuso alcanza a todos los niveles de los órganos que conforman el Poder Judicial. Incluso el Tribunal Constitucional ha establecido, como intérprete máximo de la Constitución, que determinados órganos administrativos pueden ejercer el control difuso. El artículo 14º es, en este aspecto, bastante claro, pues refiere:

Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.(\*)

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas [sic] no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

Las sentencias que dicta la Corte Suprema, con valor de cosa juzgada, establecen criterios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento. Los Jueces permanentemente deben conocer las sentencias relevantes que dicta el máximo órgano del Poder Judicial, a efectos de que la justicia sea predecible y, como consecuencia, se eviten litigios que no arribarán al éxito. El artículo 22º de la LOPJ declara:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Para cumplir adecuadamente con su misión de impartir justicia, el Poder Judicial está constitucionalmente habilitado para actuar con autonomía institucional y ejercer todas las potestades que le señalan la Carta Política y su LO. Como los órganos constitucionales no son autárquicos, están sujetos a la periódica evaluación de sus actos administrativos por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 99º y 100º de la Constitución. Así lo establece el artículo 25º, conforme al cual:

Funciones, gobierno y órganos encargados de administrar justicia.

El Poder Judicial desarrolla las funciones jurisdiccionales que la Constitución y las leyes le otorgan. Para ello se gobierna institucionalmente con la autonomía, facultades y limitaciones que la presente ley establece.

En esta ley se señalan los órganos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo y los que norman, rigen, controlan y ejecutan su propia actividad institucional y administrativa.

El artículo 26º de la LOPJ enumera los órganos que, tradicionalmente, integran el poder judicial, señalando:

Órganos Jurisdiccionales.

Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

- 1.- La Corte Suprema de Justicia de la República;
- 2.- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
- 3.- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
- 4.- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
- 5.- Los Juzgados de Paz.

El artículo 29º de la LOPJ determina que son 18 los Vocales Supremos. El número de tales Magistrados ha ido incrementándose de 7 (Decreto de 2 de mayo de 1836) a 9 (Ley de 21 de marzo de 1873) y a 11 (Ley de 5 de noviembre de 1897), por requerirlo así la carga procesal. Está en el debate público –en el año 2006– el planteamiento de reducir a 11 los Vocales Supremos, pero con previa modificación de las normas procesales, civiles y penales, que determinen que a la Corte Suprema sólo [sic] lleguen los casos jurídicamente más relevantes y que establezcan jurisprudencia de la cual no se aparten los jueces de las

instancias inferiores. La descarga procesal requeriría –transitoriamente– la presencia en la Corte Suprema de un mayor número de Vocales que el que tiene actualmente. El texto del artículo 29º preceptúa:

#### Composición.

La Corte Suprema está integrada por 18 Vocales Supremos, distribuidos de la siguiente forma:

1. El Presidente de la Corte Suprema;
2. El Vocal Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura;
3. Un Vocal integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
4. Los demás Vocales integrantes de las Salas Jurisdiccionales.

El artículo 29 fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26898, de 15 de diciembre de 1997, pero la Ley N° 27362, de 31 de octubre de 2000, dejó sin efecto la modificación y dispuso que volviera a regir el original.

Actualmente (año 2006) la Corte Suprema realiza su labor mediante Salas. El artículo 30º de la LOPJ, fue modificado por la Ley N° 26695, de 3 de diciembre de 1996; y, posteriormente, por la Ley N° 28865, de 7 de enero de 2006, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. El texto vigente del artículo 30º es el siguiente:

#### Salas Especializadas.

El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de cinco Vocales cada una, presidida por los que designe el Presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social.

La Ley N° 28665, de 7 de enero de 2006, adicionó un párrafo al artículo 30 de la LOPJ, según el cual:

El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial, es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en resguardo de su autonomía constitucional, acordó no incorporar a los Vocales designados de acuerdo con la referida ley y en desacuerdo con la Constitución.

El Tribunal Constitucional, por sentencia de 21 de abril de 2006 (Exp. 0004-2006-PI-TC, declaro inconstitucional el párrafo:

Cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Militar Policial.

La Corte Suprema conoce como órgano de fallo los procesos (a) iniciados en las Cortes Superiores; (b) los de materia constitucional; (c) los originados en la propia Corte Suprema; y (d) los demás que señala la ley. Así lo dispone el artículo 31 del TUO de la LOPJ.

Los procesos de materia constitucional son los previstos en el artículo 200<sup>o</sup>-5 de la Constitución Política de 1993, vale decir los de acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen. El proceso de acción popular está desarrollado en los artículos 84 a 97 del Código de Procesal Constitucional. Asimismo, la Corte Suprema conoce los procesos de amparo, si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, en cuyo caso la demanda debe interponerse ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, según lo dispuesto por el artículo 51 del Código Procesal Constitucional. Los originados en la propia Corte Suprema son los que, previo antejuicio, dispone el artículo 100 de la Constitución.

El Código Procesal Civil establece los casos en que procede el recurso de casación, que corresponde conocer a la Corte Suprema, conforme al artículo 32 del TUO de la LOPJ.

Además, de acuerdo con el artículo 2<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 27155, de 11 de julio de 1999, la Corte Suprema:

Conoce igualmente en vía de casación, las sentencias expedidas por las Salas de Familia en cualquier materia de su competencia e independientemente de la Ley que norme el proceso respectivo. En cualquier caso, el recurso debe reunir los requisitos de forma y fondo establecidos por el Código Procesal Civil.

La Corte Suprema está integrada por Salas que conocen diversas materias.

El artículo 33 determina que las Salas Civiles conocen:

- 1.- De los recursos de apelación y de casación de su competencia;

- 2.- De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad, conforme al Código Procesal Civil;
- 3.- De los procesos de responsabilidad civil contra los Vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores y contra miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y otros funcionarios, conforme a la Constitución y las leyes, en primera instancia;
- 4.- En primera instancia de las acciones contencioso-administrativas, en los casos que la ley así lo establece;
- 5.- De los demás procesos que señala la ley.

Asimismo, el artículo 34, con la modificación introducida por la Ley N<sup>o</sup> 28665, de 7 de enero de 2006, señala que las Salas Penales conocen:

- 1.- El recurso de apelación en procesos sentenciados por las Cortes Superiores en materia penal, que sean de su competencia;
- 2.- De los recursos de casación conforme a ley;
- 3.- De las contiendas y transferencias de competencia, conforme a ley;
- 4.- De la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan contra los funcionarios comprendidos en el artículo 99<sup>o</sup> de la Constitución, Vocales Supremos de la Sala Suprema Penal Militar Policial, Fiscales Supremos Penales Militares Policiales, Fiscales y Vocales Superiores Penales Militares Policiales y contra los demás funcionarios que señale la ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes.
- 5.- De las extradiciones activas y pasivas;
- 6.- De los demás procesos previstos en la ley.

Finalmente, el artículo 35 del TUO de la LOPJ establecía que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce:

- 1.- En última instancia de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo;
- 2.- Del recurso de apelación de las resoluciones dictadas por las Salas Civiles Supremas y Superiores, en las acciones contencioso-administrativas que ellas conocen en primera instancia;
- 3.- De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad que le son propios;
- 4.- De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala;
- 5.- En última instancia de los procesos promovidos por acción popular conforme al Art. 295 de la Constitución, y por responsabilidad civil en los casos señalados en el inciso 3) del artículo 33 de esta Ley;

- 6.- Del recurso de casación en las acciones de expropiación, conforme a ley;
- 7.- En Segunda Instancia de los procesos de responsabilidad civil resueltos por la Sala Civil Suprema; y,
- 8.- De los demás asuntos que establece la ley.

El inciso 1 de este artículo fue modificado, primero, por el artículo 200<sup>o</sup>-2 de la Constitución de 1993 y por el artículo 41 de la Ley N<sup>o</sup> 26435 y, posteriormente, por el artículo 18<sup>o</sup> del Código Procesal Constitucional, conforme a cuyas disposiciones, si la sentencia de segundo grado de la Corte Superior declara infundada o improcedente la demanda, procede el recurso de agravio constitucional.

De la misma manera, el inciso 5 está modificado por el artículo 200<sup>o</sup>-5 de la Constitución.

En lo que atañe a la competencia y sede de las Cortes Superiores el TUO de la LOPJ destina los artículos 36 a 44.

Los Presidentes de Salas de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores tienen las obligaciones señaladas por el artículo 45, conforme al que:

Los Presidentes de las Salas de la Corte Suprema y Cortes Superiores tienen las siguientes atribuciones y obligaciones:

- 1.- Designar la vista de las causas, según riguroso orden de ingreso, y atendiendo a la naturaleza y al grado de las mismas, bajo responsabilidad;
- 2.- Distribuir equitativamente los procesos, designando al ponente por sorteo. La designación se mantiene en reserva hasta después de la firma de la respectiva resolución;
- 3.- Controlar, bajo responsabilidad, que las causas y discordias se resuelvan dentro de los términos señalados por la Ley;
- 4.- Suscribir las comunicaciones, los exhortos, los poderes y demás documentos;
- 5.- Remitir al vencimiento de cada mes al Consejo Ejecutivo respectivo el informe de la labor jurisdiccional realizada por cada uno de los Vocales;
- 6.- Emitir los informes solicitados a la Sala;
- 7.- Supervisar la publicación de la Tabla y la Crónica Judicial;
- 8.- Controlar la asistencia y puntualidad de los miembros de la Sala y de su personal auxiliar y administrativo, dando cuenta al Consejo Ejecutivo respectivo; y,
- 9.- Controlar que las audiencias e informes orales se inicien a la hora señalada, bajo responsabilidad.

El Poder Judicial tiene Juzgados Especializados y Mixtos. Obviamente, el número de Juzgados está relacionado con el volumen de la carga procesal. Los Juzgados Especializados están enumerados en el artículo 46. Los Juzgado Mixtos funcionan en las Provincias en que, por el volumen de los procesos, un solo Juez puede despachar materias jurisdiccionales de diversa naturaleza.

La Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros Juzgados de distinta especialidad a los antes señalados, definiendo su competencia.

Se completa la organización judicial con los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Paz no letrados.

## II.\* LA AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL VIOLADA Y ESCARNECIDA

La autonomía del Poder Judicial ha sido mellada continuamente. Con el pretexto de hacer la “reforma del Poder Judicial” se han dictado, cuando menos, las siguientes disposiciones legales:

- El Decreto de 2 de mayo de 1836
- El Decreto de 31 de marzo de 1855
- La Ley de 11 de enero de 1896
- El Decreto Ley N° 6871, de 27 de junio de 1930
- El Decreto Ley N° 10899, de 16 de noviembre de 1948
- El Decreto Ley N° 21307, de 12 de noviembre de 1975

Además, producido el golpe de Estado, cuyos autores principales tienen registrados sus nombres en el Decreto Ley N° 25418, el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, además de ocupar militarmente los locales del Congreso y del Tribunal Constitucional, de la Fiscalía de la Nación, de la Contraloría General de la República, asaltó el Palacio de Justicia y otros locales judiciales.

El gobierno usurpador dispuso, por Decreto Ley N° 25419, de 8 de abril de 1992, la suspensión del Despacho Judicial por diez días útiles en el ámbito nacional, excepto el de los Juzgados Penales y Fiscales Provinciales en lo penal de turno.

Ese mismo Decreto Ley ordenó:

---

\* En los fundamentos del Voto del Magistrado Alva Orlandini de la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, extraído de la página web del Tribunal Constitucional, se lee: II. debiendo decir: III.

- a) En la Capital de la República, las Fuerzas Armadas serán las encargadas de la custodia externa del Palacio de Justicia y de los Edificios donde funcionen los Juzgados Civiles y el Ministerio Público, correspondiéndole a la Policía Nacional del Perú, la responsabilidad de la custodia interna de las instalaciones antes citadas a fin de evitar la pérdida de expedientes, armas, cuerpos del delito, joyas y demás bienes que se encuentren en custodia en las distintas dependencias.
- b) En el Distrito Judicial del Callao, será la Marina de Guerra del Perú la que asuma la custodia externa del Palacio de Justicia. La Policía Nacional del Perú se encargará de la custodia interna de dichas instalaciones, asumiendo la misma responsabilidad que se precisa en la última parte del inciso precedente.
- c) En los Distritos Judiciales de la República, la custodia interna y externa de las sedes de los Organismos Jurisdiccionales y del Ministerio Público estará a cargo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú respectivamente, quienes asumirán las mismas responsabilidades que se detallan en los incisos a) y b) de este artículo.

Por Decreto Ley N° 25423, de 9 de abril de 1992, se cesó a los trece siguientes Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Juan Manuel Méndez Osborg  
Isaac Gomero Valdivia  
Horacio Valladares Ayarza  
Róger Salas Gamboa  
José Angulo Martínez  
Federico Peralta Rosas  
Carlos Espinoza Villanueva  
Wilbert Baca D'La Zota  
Walter Vásquez Bejarano  
Antonio Pajares Paredes  
Lorenzo Martos Becerra  
Eloy Espinoza Saldaña Catasús

Convirtiendo al Poder Judicial en una dependencia del gobierno usurpador, éste [sic] dictó el Decreto Ley N° 25441, de 23 de abril de 1992, estableciendo la conformación de la Corte Suprema de Justicia de la República, en tanto culminara el proceso de ratificación judicial extraordinario y se efectuara el nombramiento de Magistrados.

Sin explicar el motivo, por Decreto Ley N° 25442, de 23 de abril de 1992, se dejó sin efecto el cese del Dr. Wilbert Baca D'La Zota y se amplió los alcances del Decreto Ley N° 25423, comprendiéndose en el cese decretado a los Vocales de la Corte Suprema Héctor Beltrán Rivera y Óscar Alfaro Álvarez.

Mediante el Decreto Ley N° 25446, de 24 de abril de 1992, fueron cesados numerosos Vocales de las Cortes Superiores, Fiscales Superiores, Jueces de los Distritos Judiciales, Fiscales Provinciales y Jueces de Menores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao

Por Decreto Ley N° 25447, de fecha 25 de abril de 1992, el gobierno usurpador nombró a los siguientes Vocales Provisionales de la Corte Suprema de la República:

Raúl Mendoza Agurto  
José Luis Jerí Durand  
Pedro Iberico Mas  
Alipio Montes de Oca  
Fernando Ballón Landa  
Elsie Landa Zapater  
Luis Ortiz Bernardini  
Jorge Buendía Gutiérrez  
Luis Felipe Almenara Brysson  
David Ruelas Terrazas  
Manuel Sánchez Palacios  
Blanca Nélica Colán Maguiño

El Tribunal del Servicio Civil fue cesado por Decreto Ley N° 25450, de 25 de abril de 1992.

Convencido de que el ejercicio del poder es absoluto, el régimen usurpador por el Decreto Ley N° 25455, de 28 de abril de 1992, estableció la conformación transitoria de la Corte Suprema de la República, así como el procedimiento para la elección de Magistrados de la Corte Superior y Juzgados Mixtos y de Paz Letrados.

El fiscal supremo en lo Penal, doctor Hugo Denegri Cornejo, fue cesado por Decreto Ley N° 25471.

Por considerarla más útil en el Ministerio Público, el gobierno usurpador expide el Decreto Ley N° 25472, de 3 de mayo de 1992, nombrando a doña Blanca Nélica Colán Maguiño en el cargo de fiscal supremo en lo Penal. La doctora Colán, pocos días después, fue designada fiscal de la Nación, por Decreto Ley N° 25505, de 23

de mayo de 1993. Por hechos que la jurisdicción penal ordinaria considera delitos tipificados en el Código Penal, la citada persona está sentenciada a pena privativa de libertad.

Por Decreto Ley N° 25474, de 4 de mayo de 1992, el régimen golpista nombró Vocal provisional de la Corte Suprema de Justicia al doctor Carlos Eduardo Hermoza Moya.

Mediante el Decreto Ley N° 25476, de 6 de mayo de 1992, se fijó plazo para la realización de Audiencia Pública Extraordinaria destinada a tratar aspectos relacionados con la reorganización del Poder Judicial y la Administración de Justicia.

El Decreto Ley N° 25492, de 13 de mayo de 1992, cesó a los Vocales de los Tribunales de Trabajo y Jueces de Trabajo de Lima y Callao.

Por Decreto Ley N° 25494, de 13 de mayo de 1992, se cesó a los doctores Carlos Castañeda La Fontaine y Juan Torres García, como Presidente titular y como suplente, del Jurado Nacional de Elecciones, para cuyas funciones fueron elegidos por la Corte Suprema de Justicia. El mismo Decreto Ley dispuso que la Corte Suprema, en sesión de Sala Plena, elija a los reemplazantes. La intromisión del gobierno usurpador quedó patente, una vez más, tanto en el Poder Judicial cuanto en el Jurado Nacional de Elecciones.

El gobierno usurpador, por Decreto Ley N° 25522, de 2 de junio de 1992, nombró al doctor Pedro Pablo Gutiérrez Ferreira fiscal supremo en lo Administrativo y Contencioso Provisional, “de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

El régimen usurpador fue magnánimo. Por Decreto Ley N° 25524, de fecha 5 de junio de 1992, deja sin efecto el cese, en vía de rehabilitación, del vocal de la Corte Suprema doctor Lorenzo Martos Becerra. Asimismo, deja sin efecto el cese en el cargo, dispuesto en el Decreto Ley N° 25446, de los siguientes Magistrados:

Alejandro Rodríguez Medrano, vocal de la Corte Superior de Lima  
Marcos Ibazeta Marino, juez del Distrito Judicial de Lima  
César Manrique Zegarra, juez del Distrito Judicial de Lima  
Haydée Quispe Fernández, juez de menores del Distrito Judicial de Lima  
Luz Capuñay de Meza, juez de menores del Distrito Judicial de Lima

Pero el régimen usurpador actúa también de manera implacable. Por Decreto Ley N° 25529, de 6 de junio de 1992, cesó a todos los Magistrados del Tribunal Agrario.

Sin embargo, el gobierno de facto se mostró a ratos tolerante y razonable. Mitigó su furia revolucionaria y por Decreto Ley N° 25530, también de 6 de junio de 1992, dispuso que una comisión evaluadora, en el plazo de noventa días, investigara la conducta funcional de Fiscales, Abogados auxiliares y personal administrativo del Ministerio Público. No todo es perfecto en esa norma, porque si la comisión es evaluadora, no se entiende para qué debe investigar; y si es para investigar, no resulta claro para qué se designó fiscal de la Nación a doña Blanca Nélica Colán Maguiño.

Continuó la calentura revolucionaria. Por Decreto Ley N° 25580, de 26 de junio de 1992, se cesó a varios Magistrados del Distrito Judicial de Lima, al Juez de Menores del Callao y a numerosos Secretarios de Juzgado y Testigos Actuarios de los Juzgados Penales de Lima, sin que sea necesaria ninguna investigación ni evaluación. *Advocatus malas causas non defendat.*

Con patriótica generosidad y “en uso de las facultades de que está investido”, el gobierno usurpador facultó, a su vez, a la Sala Plena de la Corte Suprema para convocar a concurso público para cubrir las plazas de Magistrados vacantes en las Cortes Superiores de Justicia, mediante el Decreto Ley N° 25808, de 1 de noviembre de 1992. Es obvio: si el “Gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas” está por encima de la Constitución, también está por encima de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los romanos habrían dicho *Accessorium cedat principale*.

Por Decreto Ley N° 25529, de 6 de junio de 1992, cesaron a Magistrados del Fuero Agrario. ¡Para qué perder tiempo en investigar y evaluar! En los tiempos de revolución, el tiempo es oro, habría comentado el asesor presidencial.

Por Decreto Ley N° 25580, de fecha 26 de junio de 1992, cesaron a Magistrados del Distrito Judicial de Lima, a Juez de Menores del Callao y a Secretarios de Juzgado o Testigos Actuarios de los Juzgados Civiles y Penales de Lima. La revolución se ha hecho para cosas mayores, no para nimiedades. No había nada que investigar. Debía actuarse, sin dudas ni murmuraciones.

Por Decreto Ley N° 25420, de 8 de abril de 1992, cesaron en el cargo a la contralora general de la República, doctora Luz Áurea Sáenz,

a pesar de que su período no había concluido. Empero, si eso ha ocurrido con los Senadores y Diputados, los Magistrados de la Corte Suprema y del Ministerio Público y los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el gobierno usurpador consideró que no podía, ni debía, haber discriminaciones. Todos esos funcionarios, que tenían la misma jerarquía, son iguales ante la ley... del que tiene la fuerza.

Por Decreto Ley N° 25421, de 8 de abril de 1992, declararon en estado de reorganización el Instituto Nacional Penitenciario – INPE. No hay ningún problema: son servidores de confianza y no la tienen del “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

Por Decreto Ley N° 25422, de 9 de abril de 1992, cesaron a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales. En un gobierno en que las leyes son sus armas, en buena hora que funcione ese Tribunal; pero en un gobierno en que las armas son sus leyes no es aconsejable y menos necesario.

Por Decreto Ley N° 25424, de 9 de abril de 1992, cesaron a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como a los miembros de los Consejos Distritales de la Magistratura a Nivel Nacional. No había necesidad de tal Consejo, filosofaron los miembros del gobierno usurpador: es más fácil ordenar –como se había hecho ya– los nombramientos por Decreto Ley.

Por Decreto Ley N° 25425, de 10 de abril de 1992, cesaron en el cargo al fiscal de la Nación doctor Pedro Méndez Jurado. No era revolucionario.

Por Decreto Ley N° 25471, de 3 de mayo de 1992, cesaron a don Hugo Denegri Cornejo en el cargo de fiscal supremo en lo Penal.

El cese en sus cargos de los fiscales Méndez Jurado y Denegri Cornejo tuvo por finalidad abrir paso a la doctora Blanca Nélide Colán para que asumiera el cargo de fiscal de la Nación, dada su obsecuencia con el régimen autoritario instaurado a consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

En la Sala de la Corrupción (del Servicio de Inteligencia Nacional) departieron cordialmente varios Magistrados Judiciales con el “asesor presidencial” Vladimiro Montesinos, sobre asuntos jurisdiccionales, administrativos y financieros. Muchas sentencias fueron redactadas (o proyectadas) fuera del recinto de la justicia. Hay seis tomos con las versiones impresas de los tratos, contratos y retratos de quienes degradaron la justicia.

Respecto al Poder Judicial, en la obra editada por el Fondo Editorial del Congreso de la República (“En la Sala de la Corrupción”, tomo 2, pág. 999) se expresa que:

Los videos y audios reunidos en este capítulo muestran una de las principales fuentes de poder de VMT: el manejo de las carreras públicas de los demás, en este caso específico se trata de las autoridades del intervenido Poder Judicial. En el volumen primero hemos visto a VMT interactuando con empresarios, en tanto agentes particulares. En esta ocasión, por el contrario, lo encontramos como contertulio de funcionarios públicos y, el lector encontrará, que el trato es muy distinto.

Como vimos, para que la corrupción exista es preciso que intervengan dos partes que establecen una relación ilegal entre ellas. En este caso, entre VMT y los altos funcionarios de la judicatura, se establece una relación peculiar muy semejante con lo que luego veremos en el caso de las Fuerzas Armadas, FFAA. Es decir, VMT promete ascensos y maneja a los supremos como demiurgo de su carrera y de su sueldo. En este sentido, los altos magistrados son sus criaturas. VMT obtiene que se sometan, que voten de acuerdo a los intereses del grupo en el poder, les compra por adelantado sus decisiones. La base de todo este sistema se halla en el régimen autoritario donde el Poder Ejecutivo maneja sin cortapisas a los otros poderes del Estado y cada uno por separado se entregaba al Ejecutivo todopoderoso. No había contrapesos ni tampoco separación de poderes.

De fojas 1003 a 1018 se transcribe la reunión de un “señor americano” con VMT, el 26 de febrero de 1998. ¿De que hablaron? De la Corte Suprema, de la Agencia Central de Noticias, de Washington, de Tel Aviv, de los arreglos sobre un proceso judicial, de una concesión minera, de los abogados patrocinantes, de la discordia producida y de la magistrado que debe dirimirla.

De fojas 1019 a 1092 la reunión es prolongada entre VMT y varios magistrados supremos. Cuando VMT aparece en la “salita”, los magistrados se ponen de pie para saludarlo. El Presidente de la Corte cede el asiento principal al asesor. Uno de ellos tiene un ojo “fregado”. VMT ofrece la presidencia del JNE, el año 2000, a “Alipito”. Se alude al “caballo de Troya”.

Planean sus objetivos. La conversación es elocuente:

El señor WMT.- Pero el objetivo es no terminar la reforma

El señor Alipio Montes de Oca.- (¿)

El señor VMT.- Ya, hermano ya. Antonino está en su casa, hermano, está regando el jardín, hermano, está sacando el perro a pasear. Ya no se cuenta para nada, hermano, olvídате. Antonino ya no existe, Antonino s [sic] pasado. Entonces, pero ¿qué pasa? Antonino por circunstancias. ¿Qué cosa es la que recomienda? Terminar la reforma ahora y volver a eliminar (¿) de la Corte Suprema a fin de año.

¿Cuál es el objetivo? Terminan la reforma, terminan la Sala Provisional y entre los cojudos nombran a Almenara. ¿Entiendes?. Porque si desaparecen los provisionales, hermano, los titulares van a nombrar (¿) nosotros no tenemos mayoría allí.

El señor Alipio Montes de Oca.- No, no hay.

Entonces ¿cuál es el objetivo? Nosotros tenemos que mantener las salas provisionales completas.

El señor Alipio Montes de Oca.- Doctor, en un momento usted puede votar a favor (¿) y ganamos así.

El señor VMT.- Por eso te digo. Entonces, tenemos que mantener la provisionalidad, hermano, la reforma no puede terminar.

El señor VMT.- Nosotros tenemos que extender la reforma hasta el 2005. Para que dure hasta el 2005 y tengamos las salas provisionales supremas, como estamos ahora, para tener un Poder Judicial en armonía y con tranquilidad, necesitamos que el tiempo de capacitación para la formación de los futuros magistrados no sea, pues, de seis meses, sino (¿). Porque en seis meses si un policía, como le decía yo Alipio, a un policía que no administra justicia ¿cuánto es el tiempo de su formación ahora?. Dos años para una persona que proviene de licenciado de tropa, o una persona que venga de la calle quiere ser policía (¿) de la Guardia Civil son dos años, pasa en la Escuela dos años.

¿Un magistrado para formar lo cuánto tiempo necesitará? ¿Qué cosa es seis meses y eso ni siquiera a tiempo completo, sino simplemente los sábados y domingos?

No puede ser eso, tampoco. Entonces, ahora para cumplir nosotros con el programa de alargar eso hasta el 2005, entonces tenemos que dilatar el nombramiento y ahí si viene, señores, que

es insuficiente el término de seis meses para poder capacitar adecuadamente a un magistrado, porque la experiencia les ha indicado qué cosa hay que hacer. Porque no solamente son las cuestiones teóricas, sino también la parte práctica, el hombre que ingresa tiene que hacer tres meses o seis meses de práctica en un juzgado y después pasar a la práctica.

A poco concluye la reunión. La “reforma judicial” no puede terminar sino el año 2005.

El señor VMT era un buen anfitrión. Además, persistente. No quiso dejar *cabo suelto*, aunque hubiera ascendido (el cabo que prestó servicios en 1959 en la 22ª Comandancia de la Guardia Civil - Asalto) a la magistratura de la Corte Suprema. Convocó VMT a los “supremos” para el martes siguiente a almorzar.

El señor Alipio Montes de Oca aprovechó para que en el almuerzo se sirva:

Un adobo, un charqui de tripas, para levantarme la moral, un cuy chactado y su chicha de jora [...].

El lenguaje florido de los contertulios comprendió, en esa y en otras reuniones, temas jurisdiccionales y administrativos. VMT dio la orden de remover al gerente del Poder Judicial, cuyo sueldo era de cinco mil dólares mensuales. Los otros debían ejecutarla, “sin dudas, ni murmuraciones”.

## 28. La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial en tiempo de dictadura

Paralelamente, el Congreso aprobó la Ley N° 26546, promulgada el 20 de noviembre de 1995, por la cual se creó una Comisión Ejecutiva del Poder judicial “integrada por los Vocales Supremos Presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de la Corte Suprema, quienes actuarán como un organismo colegiado y continuarán como miembros de la Comisión independientemente del cargo que ostenten en el siguiente año judicial. Este nombramiento es independiente del cargo que actualmente desempeñan dichos Vocales Supremos. La Comisión ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado y contará con las atribuciones que la Comisión establezca en su reglamento de funciones.” [sic] Se puede advertir que la intención del legislador (vale decir, la mayoría fujimorista) fue colocar en la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a personas de su entera confianza, que continuarían integrándola aun si dejaran de ser Presidentes de las Salas Constitucional, Civil y Penal de

la Corte Suprema, así como dar el Secretario Ejecutivo de esa Comisión enormes atribuciones, incluso la titularidad del pliego presupuestal, lo que significaba violar flagrantemente los artículos 80º y 145º de la Constitución de 1993, de acuerdo con los cuales es el Presidente del Poder Judicial el titular del pliego.

En el afán de aparentar, ante la opinión pública, que la “reforma” del Poder Judicial marchaba *viento en popa* con el comandante Dellepiani, Montesinos dispuso que el diario “El Peruano” publicara el 22 de junio de 1996, un editorial, conforme al cual:

La reclamada Reforma del Poder Judicial que se ha iniciado en nuestro país no es sino una respuesta adecuada a los constantes reclamos de la ciudadanía frente a la inoperancia de las instituciones jurídicas de la Nación.

Sin embargo, estos defectos no son consecuencia de las acciones individuales o particulares de los Jueces y Fiscales que tienen a su cargo el trámite de los expedientes. Las deficiencias son producto de la mala organización y gestión del sistema judicial.

Por ello, para lograr una eficiente administración de justicia son necesarias una reforma y renovación institucional profunda. Para realizarlas se creó la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Pero, a pesar de los grandes esfuerzos y logros obtenidos no era posible que la modernización del Poder Judicial continúe y concluya debido fundamentalmente a que las atribuciones que le confería la ley eran limitadas.

Para impulsar la eficiencia de la Comisión Interinstitucional, era precisa la ampliación de sus facultades. Por ello, mediante la Ley 26623 se creó el Consejo de Coordinación Judicial (CCJ), con la finalidad de que asuma plenamente las funciones de gobierno y gestión de ese poder del Estado. Este ente de avocará también a la reorganización del Ministerio Público, institución con rango constitucional encargada de la defensa de los derechos de la Sociedad y del Estado, y que tiene la facultad de vigilar, verificar y controlar los bienes jurídicos para evitar y detectar los actos perjudiciales cometidos contra el Estado de Derecho.

El CCJ coordinará los lineamientos de política general de desarrollo y organización de las instituciones vinculadas al servicio judicial, además de definir las estrategias que se requieren para modernizar su administración y resolver con eficacia las necesidades de justicia de la sociedad, a fin de que la acción del Poder Judicial sea

oportuna, transparente, especializada y eficaz. También desarrollará sus funciones sobre aspectos que requieren niveles de coordinación con el propósito de tutelar los derechos de la ciudadanía.

Este Consejo es necesario para establecer los lineamientos de política que permitan reestructurar los organismos judiciales y elaborar los planes y programas de desarrollo de las instituciones que conforman la administración de justicia. Los detractores de la medida no perciben la magnitud ni los alcances de las atribuciones del CCJ. No se percatan de que la norma promulgada mantiene la autonomía de los poderes del Estado y se limita a impulsar la modernización administrativa. Pero de seguro que muchos de ellos admiten que mientras más celeridad y claridad existan en la tramitación de los expedientes, mayor será la confianza y garantía de una recta y honesta práctica judicial. Claro está que los resultados de la reestructuración se observarán en el mediano plazo; puesto que ningún cambio profundo puede realizarse de la noche a la mañana. Para ello se requieren estudios técnicos y serios.

Todos estos esfuerzos tienen por finalidad lograr la tan ansiada seguridad jurídica, necesaria para que la ciudadanía y el pueblo peruano en general puedan vivir en un ambiente de tranquilidad y paz que fomente el desarrollo y defensa plenos de sus facultades y derechos.

En el editorial de “El Peruano” hay una cierta ironía, en cuanto se afirma que “Los detractores de la medida no perciben la magnitud ni los alcances de las atribuciones del CCJ”; pues, en efecto, el Consejo de Coordinación Judicial tenía, fundamentalmente, la atribución de poner a jueces y fiscales al servicio del régimen autoritario de Fujimori y Montesinos, especialmente con el objeto de que unos y otros –los más dóciles– integraran los organismos electorales, predispuestos al fraude; y los otros –los adocenados– resolvieran los procesos según las consignas impartidas en el SIN. Esa vergonzosa situación, invariable, subsistió hasta el año 2000; y ha dejado raíces que deben ser paulatinamente erradicadas para obsequio de la justicia y el bien de la Patria.

La Sala Plena de la Corte Suprema, en cuanto se expidió el Decreto Supremo N° 012-98-PCMEL, de 2 de abril de 1998, reemplazó al doctor Álvaro Chocano Marina con Luis Serpa Segura, para presidir el Jurado Nacional de Elecciones, y José Carlos Bringas Villar fue designado por la Junta de Fiscales Supremos, con la opinión y el voto determinantes de Blanca Nélica Colán. El elenco del fraude se

completó con Rómulo Muñoz Arce, Walter Hernández Canelo y Ramiro de Valdivia Cano.

Obviamente, es ésta [sic] la oportunidad de rendir homenaje a los magistrados que, en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, cumplieron estoicamente sus funciones jurisdiccionales, afrontando toda suerte de presiones y amenazas; y, por supuesto, a los que fueron defenestrados por la dictadura y sus operadores.

De acuerdo con los intereses del oficialismo dictatorial, por el artículo 5º de la Ley Nº 26695, de 3 de diciembre de 1996, el aludido artículo de la Ley Nº 26546 fue modificado en el sentido de que:

A partir del 1 de enero de 1997, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, estará integrada por el Presidente de la Corte Suprema, quien la presidirá y por los Vocales Supremos Presidentes de las Salas Penal y Constitucional y Social permanentes de la Corte Suprema, quienes actuarán como un Órgano Colegiado y continuarán como miembros de la Comisión Ejecutiva hasta el 31 de diciembre de 1998.

La Comisión Ejecutiva nombrará un Secretario Ejecutivo, quien asumirá la titularidad del pliego por el período señalado en la Ley Nº 26623, integrando la Comisión con derecho a voz y voto, contando con las atribuciones que la Comisión establezca en su Reglamento de Funciones.

Se excluyó de la Comisión, en virtud de esta modificación legal, al Presidente de la Sala Civil de la Corte Suprema; pero se mantuvieron vigentes las inconstitucionales atribuciones del Secretario Ejecutivo, como titular del pliego presupuestal. Fue, pues, un funcionario todopoderoso que hacía declaraciones públicas en nombre del Poder Judicial, incluso estando presentes el Presidente y los Vocales de la Corte Suprema, que mantenían respetuoso silencio. Varios de estos mudos ex magistrados están procesados y sentenciados, por delitos de corrupción.

A pesar de que era una farsa –y costosa– la “Antología de la Reforma del Poder Judicial” (Lima, 2000), editada por el cautivo Poder Judicial, tiene un contenido que sería hilarante, si no fuera por la tragedia que sufre la justicia en el Perú.

En la nota de Presentación de esa publicación oficial, que lleva la firma de David Pezúa Vivanco, literalmente se expresa que:

El proceso de Reforma y Modernización del Poder Judicial, iniciado y desarrollado en cumplimiento de la Ley Nº 26546, sus modificatorias y ampliatorias, al cabo de algo más de cuatro años de gestión exitosa de la Comisión Ejecutiva y de la Secretaría Ejecutiva de este Poder del Estado, viene alcanzando sus objetivos y los resultados previstos, los cuales constituyen hoy realidades tangibles e incuestionables; cuyos beneficios se pueden verificar a diario en diversos aspectos.

Se agregó en esa nota de Presentación que en el primer libro, “Reforma Judicial: Evaluación y Perspectivas de Desarrollo”, se dieron a conocer las ponencias e informes presentados por los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, en julio de 1998; que una contribución a la reflexión y al debate de ideas sobre la reforma judicial fue el libro “Mensajes: Perspectivas para el Tercer Milenio”; que otro libro, “Gestión Administrativa, Soporte de la Función Jurisdiccional”, publicado en julio de 1999, es el producto de las exposiciones de los funcionarios encargados de la conducción administrativa del Poder Judicial; que el libro “Fundamentos Estructurales de la Reforma del Poder Judicial”, publicado en setiembre de 1999, define los pilares de tal reforma; y que el libro “La Reforma en Cifras” expone cuantitativamente el resultado de la reforma.

Pezúa Vivanco, en lo que atañe al libro que atañe el libro que presenta, expreso:

A modo de reseña del contenido de esta Antología, se transcribe a continuación algunos fragmentos que expresan la preocupación e interés de los órganos de prensa respecto a los problemas que desde antes de la Reforma confrontaba el Poder Judicial y la manera cómo se ha ido revirtiendo y solucionando progresivamente dichos problemas.

Mediante notas editoriales, el diario “El Peruano” ha mostrado especial interés en los temas de la Reforma. “Según reciente estudio de opinión, siete de cada diez peruanos piensan que la Administración de Justicia en nuestro país es propensa a la corrupción, además de considerar que es excesivamente lenta y con poca credibilidad ante los justiciales (25.09.96). “A un año de las Reformas en el Poder Judicial, ha llegado la hora de que la Justicia en el Perú funcione con rapidez, eficacia y transparencia; las reformas actuales apuntan a ello, si se cumplen será la población la que aplauda dichas medidas para beneficio de la Justicia y como sostén del estado de derecho” (26.11.96).

Con motivo de la implantación del juzgamiento de reos en cárcel, el diario “El Comercio” de Lima comentó: “En el Perú, de acuerdo a cifras oficiales, más del 80 % de la población carcelaria, se encuentra en la condición de procesados y sin sentencia, lo que realmente constituye una situación jurídica aberrante e insostenible. Por ello, es un gran paso el anunciado por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial de crear Salas de Juzgamiento al interior de los penales para agilizar estos procesos, empezando por el “Miguel Castro Castro” donde hay más de cinco mil internos en esa condición, que no han sido juzgados” (08.08.96).

La puesta en funcionamiento del Nuevo Despacho Judicial en Lima, motivó el siguiente comentario del diario “La República”: “Revertir esta situación (la crisis de la Administración de Justicia en el país) y devolver al Perú la confianza en el sistema judicial, ha demandado los esfuerzos del proceso que se desarrolla actualmente en este Poder del Estado, para llegar a la instauración del Nuevo Despacho Judicial como una organización moderna, acorde con los últimos avances en el campo de la administración judicial, que tendrá los inmediatos efectos de revalorar la figura del Juez Peruano y administrar mejor la Justicia en beneficio de la población” (30.03.97).

A propósito del permanente problema que aqueja al Poder Judicial, consistente en la carencia de recursos presupuestales suficientes, el diario “Expreso” publicó los siguientes comentarios que no han perdido actualidad: “El Congreso debe apoyar la Reforma Judicial. Hay, por fin, la voluntad de cambio en todos los estamentos del Poder Judicial. Es algo que parecía imposible y que no se puede defraudar. Se está eliminando toda la carga procesal acumulada de años, sentenciando en las mismas cárceles a presos que llevan años allí, capacitando Jueces, etc. El país no puede desaprovechar esta oportunidad única. Debe dársele el apoyo indispensable, pues un proceso tan extraordinario que pueda efectivamente lograr algo que parecía un sueño –una Administración de Justicia rápida, transparente y eficaz con métodos modernos-, no puede recibir un tratamiento mezquino en el Presupuesto”. (11.01.96).

Las notas editoriales del diario oficial “El Peruano” se refirieron a la opinión que los peruanos tenían en 1996 del Poder Judicial, que no es diferente de la que actualmente tienen. Por lo tanto, fue falso que, “a un año de las Reformas”, la Justicia funcione con rapidez, eficacia y transparencia, ni que la población, a principios del año 2007, aplauda las medidas supuestamente eficientes adoptadas por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial durante el período fujimontesinista.

“El Comercio” se limitó a señalar el porcentaje de internos en los penales, sin sentencia, y consideró un “gran paso” que sean juzgados en los propios lugares de reclusión. Empero, la medida no ha dado ningún resultado. Es posible que, en 2007, sea mayor el porcentaje de reclusos sin sentencia.

“Expreso”, alterno vocero oficial, consideró que en 1996 no se debía desaprovechar la “oportunidad única” de eliminar la carga procesal acumulada de años. El “sueño” de ese diario no se cumplió: la pesadilla continúa.

La “reforma judicial” dispuesta por la Ley N<sup>o</sup> 26546 no obedeció a ningún propósito serio, sino al afán publicitario de aparentar que el Poder Judicial podía actuar con autonomía e independencia y con los recursos humanos y materiales adecuados a la finalidad de que la justicia se imparta oportuna e imparcialmente.

Lo que debe conocer el país es cuál fue el costo de la “reforma judicial” digitada desde el Servicio Nacional de Inteligencia.

Las dictaduras usan los medios de comunicación social no para informar, sino para desinformar a la población. El Perú no ha sido excepción a esa regla. Y la “reforma judicial” fue un “caballito de batalla” para que los peruanos creyeran que el Poder Judicial había ingresado en un período de verdadera reforma con la participación de la comunidad internacional. Es dentro de esa estrategia del régimen autoritario de Fujimori que se publicó en “El Peruano”, de 10 de setiembre de 1997 (páginas A 6 y A 7), la entrevista concedida por Fernando Zumbado, ex ministro de Costa Rica y representante de la Organización de las Naciones Unidas, quien estuvo en el Perú para asistir a la Octava Conferencia Internacional Anticorrupción (!).

El periodista de “El Peruano” le preguntó a Zumbado: A diferencia de otros años, ¿en estos momentos se observan avances en las acciones para combatir el flagelo de la corrupción en América Latina?. Responde Zumbado: “En América Latina avanzamos mucho. Si bien es cierto que se requieren instituciones, también es necesario que la población respete ciertas normas de comportamiento. En este tema todavía falta un intenso trabajo; por ejemplo, aún [sic] son comunes conductas como el pago de sobornos y la evasión de impuestos.

La lucha contra la corrupción es una tarea que compete a todos. A veces es muy injusto cargar esta responsabilidad sólo [sic] a los jueces.

Este proceso de cambios toma tiempo, en el terreno de la administración pública implica la necesidad de capacitación y el pago óptimo del personal. Creo que remunerar bien a los funcionarios públicos es una buena inversión, esta es una manera de reducir las tentaciones.

En estos momentos siento la responsabilidad de los ciudadanos por el tema y ello es un avance de la democracia. No se trata de que exista más corrupción, sino que hay más denuncias y una libertad de expresión que permite que esto aflore.

Para un mejor funcionamiento de la economía, además, es importante luchar contra ese mal, que afecta las relaciones comerciales nacionales e internacionales, ya que para el inversionista extranjero es sumamente importante que existan reglas claras de juego y honestidad.

Considero que la apertura del manejo de las economías ha permitido que el estado participe menos en el área económica y que disminuyan las posibilidades de corrupción desde ese punto de vista”.

Zumbado expresó, además, que el interés de la ONU es centralizar acciones para combatir el flagelo de la corrupción y así tener mucha más capacidad de impacto en estos temas y que lo fundamental es garantizar transparencia y evitar la oscuridad. Asimismo, dijo Zumbado, en cuanto a las áreas de mayor interés de la cooperación del PNUD:

Tenemos una cooperación especial, especie de sociedad para el desarrollo porque se administran fondos propios y otros que provienen de instituciones financieras o de otros gobiernos.

El Perú es el tercer país, luego de Argentina y Brasil, que recibe el mayor apoyo del PNUD, que el año pasado colaboró con programas por un monto de noventa millones de dólares.

Este es un tipo de relación diferente, no somos donantes sino cooperantes y con el gobierno peruano acordamos las áreas de trabajo.

En estos momentos se da prioridad a la realización de programas de lucha contra la pobreza, Administración de Justicia, privatizaciones y modernización del Estado, además de los que tienen como objetivo el fortalecimiento de instituciones.

En América Latina se enfatiza en los temas de gobernabilidad, Reforma Judicial, descentralización y la formación de liderazgo de la gente que está en política, no con un sentido partidista.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), apoya al país en la realización de proyectos que tienen por objetivo impulsar la Reforma del Poder Judicial, el proceso de Modernización del Estado y revertir los niveles de pobreza.

Durante el período comprendido entre 1995 y 1998, el programa de cooperación para la justicia en el país demanda una inversión de 115 millones de dólares.

El Objeto del citado programa es impulsar el proceso de Reforma Judicial, mediante préstamos del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Gracias al referido apoyo son beneficiarios el Ministerio Público (29 millones de dólares) y el Poder Judicial (44 millones de dólares), a fin de mejorar la eficiencia de ambas instituciones.

Por otra parte, “Gestión”, de 13 de junio de 1999 (página 6), publicó las declaraciones de David Pezúa Vivanco, secretario ejecutivo de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, que son reveladoras del propósito del gobierno autoritario de Fujimori en relación con mantener la provisionalidad de los Jueces y Fiscales.

De acuerdo con “Gestión”, Pezúa manifestó que:

Un Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con nuevos miembros realizaría el año entrante el proceso de nombramiento de Jueces y Fiscales Titulares en la Administración de Justicia, con el objeto de eliminar la provisionalidad dentro de la magistratura, que alcanza al 80 % a nivel nacional, según información de esa propia institución.

El Secretario de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial reveló ayer que en julio del 2000 se iniciará el proceso de nombramiento de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura.

Precisó que la demora obedece a que el próximo mes comienza el Programa de Formación Profesional (PROFA), vinculado con el desarrollo de las prácticas para los aspirantes a la carrera judicial y cuyas actividades serán efectuadas dentro de la institución de justicia.

En tal sentido, tal como lo señala la resolución 333 emitida por la Comisión Ejecutiva, los períodos de capacitación de los postulantes a cargo de jueces y fiscales tendrán una duración de 24 meses, divididos en períodos de formación y de práctica.

Pezúa indicó que en estos momentos han culminado los cursos de preparación en la Academia Nacional de la Magistratura en sus sedes de Lima y Chiclayo, pero también se sigue una instrucción similar en Cusco y Arequipa.

En ese sentido el Secretario Ejecutivo reveló que a fines de julio del año 2000 se contará con una promoción de 400 graduados que estará lista para someterse a la evaluación y nombramiento como magistrados ante el CNM.

Explicó que el proceso de nombramiento de jueces y fiscales titulares debe efectuarse en forma gradual, con el propósito de reemplazar a los magistrados provisionales y suplentes que laboran actualmente en el Poder Judicial.

Malestar.

Empero, la decisión ratificada por David Pezúa colisionaría con las recientes declaraciones del presidente del CNM, Carlos Hermoza Moya, quien señaló la necesidad que su institución avanzará en la reducción de la provisionalidad de magistrados.

Incluso, el ex Ministro de Justicia remitió a diversas autoridades un pronunciamiento en el cual expresa su malestar por la decisión del Secretario Ejecutivo de diferir hasta el 2000 los concursos de nombramientos.

Cabe recordar que cuando Hermoza Moya asumió el cargo, en abril pasado, reveló que el Consejo estaba listo para realizar la convocatoria de los concursos entre mayo y junio, teniendo en cuenta que desde 1997 el Consejo no realizaba nombramientos de magistrados titulares.

David Pezúa Vivanco, cercano colaborador de Vladimiro Montesinos Torres, digitaba el nombramiento de jueces y fiscales. Su decisión primaba sobre la que pudiera tener el Consejo Nacional de la Magistratura, ente hechizo desde el 16 de marzo de 1998, fecha en la cual renuncian los consejeros Carlos Parodi Remond, Florencio Mixán Mass, Carlos Montoya Anguerry, Róger Rodríguez Iturri, Enrique Rivva López, José Neyra Ramírez y María Teresa Moya de Rojas, como protesta ante la Ley N° 26933, que les recortó sus atribuciones. Esa minusvalía subsistió hasta que tal ley fue derogada.

La provisionalidad del 80% de magistrados (el mismo porcentaje de reclusos sin sentencia) tenía el propósito no sólo [*sic*] de manipular las resoluciones judiciales, civiles y penales, sino de conformar los Jurados

Electoral para los efectos del fraude electoral del año 2000. De allí que Pezúa Vivanco anunciara que sólo [sic] –y paulatinamente– serían nombrados los magistrados titulares a partir de julio de ese año, vale decir después del proceso electoral en que Fujimori –habilitado por la inconstitucional Ley N° 26657– postulaba para un tercer período presidencial consecutivo.

Todo estaba fríamente calculado. Las declaraciones de Hermoza Moya carecían de importancia. Empero, para evitar sus dislates eventuales fue nombrado Embajador en el exterior.

## 29. El control del Poder Judicial facilita el manejo electoral rerreeccionista [sic]

En el afán de alcanzar el control absoluto del Poder Judicial y, adicionalmente, del Jurado Nacional de Elecciones, el Congreso mantuvo la provisionalidad de considerable número de Vocales Supremos, que podían ser fácilmente manipulados. Con el objeto de dar a los provisionales las mismas atribuciones –y remuneraciones– se preparó el correspondiente proyecto de ley. El proyecto se convirtió en la Ley N° 26898.

En la Comisión de Justicia del Congreso, como miembro de la misma, presenté el siguiente dictamen:

El proyecto de ley del rubro tiene el aparente objetivo de otorgar a los señores Vocales de las Cortes Superiores que ejercen, interinamente, cargos de Vocales Supremos los mismos derechos, atribuciones y privilegios de que están investidos los titulares; y de igual modo a los magistrados de las otras instancias. Empero, el real propósito de la iniciativa es que el Presidente de la República asuma el control de la Sala Plena de la Corte Suprema con la finalidad de que sea nombrado el miembro del Jurado Nacional de Elecciones que presida ese organismo electoral a partir de 1998 y, como consecuencia, intervenga en el proceso electoral que culminará el segundo domingo del año 2000.

Se busca, con anticipación, manipular el Sistema Electoral para perpetrar un nuevo fraude electoral. Es lamentable que se recurra, una vez más, al Congreso de la República para que dicte una norma legal dirigida a atentar contra la democracia y el derecho de los ciudadanos a elegir sus gobernantes.

Con la ley 26657, de 23 de agosto de 1996, se violaron los arts. 102, incs. 1 y 2, 103 y 206 de la Constitución; y se perpetró un grave atentado contra el sistema democrático y republicano que es el sustento –aunque incumplido– de la Nación. Arguyendo, como pretexto, la “interpretación auténtica” de una norma de la Constitución, que es clara y precisa, se modificó realmente esa norma sustancial sin observar el trámite que señala el artículo 206 de esa Carta, para posibilitar un tercer período consecutivo al actual gobernante.

El Ing. Fujimori juró el cargo de Presidente de la República y asumió el mando el 28 de julio de 1990, bajo el imperio de la Constitución de 1979, en cuyo artículo 204 se establecía que no podían postular a la Presidencia de la República, ni a las Vicepresidencias, entre otros (inciso 1), el ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.

Fujimori no podía, ni debía, ser candidato a la Presidencia de la República en 1995. Empero, para continuar en el cargo, procedió el 5 de abril de 1992 a disolver el Congreso, impedir la reunión del Jurado Nacional de Elecciones, clausurar el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Consejo Nacional de la Magistratura, destituir al Fiscal de la Nación y a casi todos los Vocales de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia, así como disolver los gobiernos regionales, entre otros actos arbitrarios.

Asumió, en esta forma, el Presidente Fujimori las atribuciones de los tres Poderes del Estado y de los organismos constitucionales, bajo la denominación de “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. La única razón del golpe de Estado, perpetrado con el concurso de los comandos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, fue pues hacer posible, mediante la sustitución de la normatividad constitucional, la reelección inmediata de Fujimori como Presidente del Perú por un período adicional de cinco años.

En efecto, el artículo 205 de la Constitución de 1979 establecía que el mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debía transcurrir un período presidencial.

El Parlamento del período 1990-1995 no había sido hostil, sino al contrario condescendiente con el Presidente Fujimori, a quien delegó facultades legislativas en todas las ocasiones en que le fueron solicitadas; y facilitó cuanto era posible el ejercicio

del gobierno, a tal punto que en noviembre de 1991 expidió más de 150 decretos-legislativos, incluso rebasando la materia delegada. Pero era evidente que ese Congreso no se iba a prestar a satisfacer los apetitos de perpetración en el Poder que, indisimuladamente, tenía el ingeniero Fujimori. La ambición de continuar en la Presidencia fue, pues, la causa real del golpe del 5 de abril de 1992. Esa misma ambición es la que motivó la ley 26657 de “interpretación inconstitucional” para un tercer período presidencial; y, en este año, la destitución por el Congreso de tres magistrados del Tribunal Constitucional.

Con ese mismo afán se cercenan, desde hace cinco años, las rentas de los Municipios y se centraliza en el Ministerio de la Presidencia casi la cuarta parte del Presupuesto de la República.

El canon minero es el 20 % del impuesto a la renta que pagan los titulares de los yacimientos en explotación. Es renta de los municipios y regiones. Debía pagarse mensualmente, cuando el gobierno central, a través de la SUNAT, percibe dicho impuesto. Está insoluto desde 1992.

La dictadura no cesa en su afán de perpetuarse en el poder, a pesar del rechazo manifestado por la opinión pública del país en distintas y repetidas circunstancias, como eventos deportivos, procesiones religiosas y eventos sociales. Es por ello que, mediante las leyes 25546 y 26695 se mantiene intervenido el Poder Judicial y con la ley 26623 se ha hecho lo mismo con el Ministerio Público. Adicionalmente, se ha despojado, con la ley 26696, al Consejo Nacional de la Magistratura, de su atribución de nombrar jueces y fiscales, violándose el artículo 150 de la Constitución y el artículo 2 de su Ley Orgánica (26397).

La precariedad en que funciona el Poder Judicial es de conocimiento público. Transcurridos más de cinco años de iniciada la supuesta reforma, hay 16 Vocales Supremos titulares y 16 Vocales Supremos provisionales. De un total de 1,473 magistrados del Poder Judicial, sólo [sic] 403 son titulares; 212 provisionales y 858 suplentes. Al 30 de mayo de 1997, 1 de cada 4 magistrados es titular. La llamada Comisión Ejecutiva del Poder Judicial es liderada por un oficial de la Marina de Guerra, hecho insólito en el Perú y en el mundo. Esa Comisión, vale decir su líder, forma salas transitorias en la Corte Suprema y en las Cortes Superiores y, también, las integra y desintegra según su leal saber y entender. Los magistrados viven en permanente zozobra, pues se hace irrisión de la permanencia e independencia de los jueces.

En el Ministerio Público, otra Comisión Ejecutiva manipula el nombramiento, la permanencia y la competencia de los fiscales. Por excepción, hay fiscales titulares. El Fiscal de la Nación, por propia declaración y como consecuencia de la ley, es figura “decorativa”.

Por otra parte, la actual Constitución ha creado un trípode en el Sistema Electoral. Debería existir ya en funciones el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, para todos los actos previstos en su Ley Orgánica. En vez de ello, se mantiene el Registro Electoral del Perú, cuya renovación total debía hacerse cada quince años, según el artículo 1 del decreto-ley 14207. En tal Registro, con el pretexto de evitar la acción terrorista, han sido ilegalmente inscritos militares y policías en número mayor a los 50,000. En ese Registro, además, ejercen las principales funciones miembros del Sistema de Inteligencia Nacional, que depende directamente del Presidente de la República. Incluso algunos procesados penalmente por haber sustraído documentos y fraguado actas en el proceso electoral de 1995, continúan impávidos sus actividades francamente sospechosas y delictivas.

Las consultas populares de 1992, 1993 y 1995 fueron tergiversadas. Apesar de expresas prohibiciones del decreto-ley 14250 y leyes ampliatorias, intervino personalmente el ingeniero Fujimori en la elección del Congreso Constituyente Democrático y en el referéndum para ratificar la Constitución; y junto a él, naturalmente, la cúpula militar.

El fraude en dichas consultas populares fluye de los propios resultados.

### La elección del Congreso Constituyente Democrático

La elección del CCD fue una farsa. Fujimori usó de todos los instrumentos del poder para lograr una mayoría en el Congreso (44 de 80).

En el proceso electoral del 22 de noviembre de 1992 votaron 8'191,846 ciudadanos del universo de 11'245,463 inscritos en el Registro Electoral del Perú.

Los votos válidos alcanzaron a 6'237,682; los nulos a 1'160,887 y los blancos a 333,277.

Los 44 Congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría obtuvieron 3'075,422 votos.

Dicha votación representó sólo [sic] el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral.

### El referéndum del 31 de octubre de 1993

En el referéndum del 31 de octubre de 1993 la Constitución supuestamente fue aprobada por el voto de 3'895,763 ciudadanos. Votaron en contra de la aprobación 3'548,334 ciudadanos. Fueron declarados nulos 518,557 votos y en blanco 216,088.

El total de ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú, en la fecha del referéndum, fue de 11'518,669; y el de votantes de 8'178,742.

La Constitución fue, por lo tanto, ratificada sólo [sic] por el 47.63 % de los votantes que constituían el 34.1 % del universo electoral.

La ratificación de la Constitución de 1993, en términos jurídicos y democráticos, no fue una clara e inequívoca expresión de la voluntad popular.

### Las elecciones políticas del 9 de abril de 1995

Habilitado como candidato y premunido de todos los recursos del Estado, incluyendo el espionaje telefónico a sus contendores, el ingeniero Fujimori, siempre con la recordada colaboración de la cúpula militar, que le brindó compañía y, además, la gentil distribución de su propaganda, especialmente calendarios, hizo del proceso electoral de 1995 una farsa o un carnaval.

El número de ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú, en abril de 1995, fue de 12'418,406. Sólo [sic] concurrieron a votar en las elecciones políticas del 9 de ese mes 9'065,617 ciudadanos.

La lista de Congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría obtuvo 2'277,423 votos; y las otras listas 2'013,934 votos.

El total de ciudadanos que votaron por los actuales miembros del Congreso de la República alcanza apenas a 4'291,357.

Por lo tanto, 8'134,454 ciudadanos no están representados en el Congreso.

De los que concurrieron a votar están sin representación ninguna 4'774,260.

Hay, finalmente, 827,056 votos emitidos el 9 de abril de 1995 que están desaparecidos. Tal hecho inédito en la historia republicana permite suponer que se manipuló el proceso para evitar la segunda elección presidencial o para alcanzar mayoría en el Congreso.

Los 827,056 votos desaparecidos, de acuerdo a la cifra repartidora, deberían estar representados por 24 Congresistas. Alterando las actas electorales, esa representación fue asignada a Cambio 90-Nueva Mayoría. Ingresaron por la ventana y no por la puerta del Congreso. Se detrajo esa representación a la minoría para aumentar la del grupo oficial, que –con todas las otras manipulaciones y coacciones– sólo [*sic*] logró la elección de 43 Congresistas (y no 67).

Esa es la realidad que nadie puede rebatir.

### El fraude como fuente del poder político

En las tres consultas populares (14 de noviembre de 1992, 31 de octubre de 1993 y 9 de abril de 1995) el fraude electoral fue factor determinante en los resultados.

Con violación flagrante de los artículos 192, 193, 200, 201, 205, 206, 207, 208, 209 y 210 de la ley 14250, el Presidente de la República, acompañado del Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y de otros altos mandos militares y policiales, usó –es menester repetir– todos los medios de transporte y de comunicación de propiedad del Estado para hacer activa campaña proselitista y coartar la voluntad de los electores.

Fujimori utilizó, pues, los recursos públicos para financiar las tres campañas electorales, a tal punto que el país está pagando aún [*sic*] la factura de los gastos dispendiosos realizados en 1995, conforme acaba de recordar; en la reunión empresarial celebrada en Ica, uno de sus más cercanos y, entonces, entusiastas colaboradores.

Todas las prácticas de corrupción política que se pretendió erradicar con el decreto-ley 14250, de 5 de diciembre de 1992, fueron superadas holgadamente por la mafia oficial, que recurrió incluso a la extorsión a través del aparato tributario y a la componenda del canje de publicidad por impuestos.

Los delitos previstos en los artículos 225, 226, 228, 229, 230, 233, 235 y 236 del decreto-ley 14250 y 354 a 360 del Código Penal naturalmente no han sido denunciados ni los autores sancionados.

Las normas legales y los principios éticos fueron dejados de lado. Los medios justificaban el fin. La desmedida ambición de poder y la emergencia de personas y grupos ávidos de enriquecimiento ilícito crearon en el Perú una suerte de obnubilación colectiva.

Tal como ocurrió en la década 20-30 se intentó hacer conciencia en el país que la historia y la justicia social empezaban con el Mesías, llegado esta vez desde el extremo oriente.

Sin Jurados Electorales imparciales, sin garantías para la autenticidad del sufragio, con suplantación de las actas electorales, con la manipulación de los sistemas de computación, y el uso de la fuerza y la amenaza para conseguir resultados, las consultas a los ciudadanos han sido meras farsas. Nada es legítimo. Todo es impostura.

Como consecuencia, las instituciones –constitucionales y no constitucionales– no obedecen a la voluntad del pueblo, fuente exclusiva del poder en toda democracia auténtica.

El Perú vive, pues, una democracia hechiza.

### La degradación institucional

La mayoría del Congreso es consciente de que está impuesta por la voluntad omnipotente del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori. Actúa, por consiguiente, sumisamente.

Desde el Congreso Constituyente Democrático se advirtió la vocación servil de los integrantes de Cambio 90-Nueva Mayoría. Fueron cohonestados todos los actos arbitrarios de la dictadura del período abril-diciembre de 1992, expidiéndose con ese propósito las denominadas “leyes constitucionales”.

Se interfirió la función jurisdiccional para cortar procesos contra autores de crímenes nefandos; y, entre otras monstruosidades jurídicas, se dictó la tristemente célebre “ley Cantuta” para la impunidad de peligrosos delincuentes que secuestraron y asesinaron a un profesor y ocho estudiantes; y que, en época más reciente, son presuntamente responsables de torturas físicas y psíquicas a una agente del SIN y el descuartecimiento de otra agente del mismo Servicio.

El actual Congreso es digno sucesor del CCD. Su mayoría actúa irracionalmente. Acata órdenes, simplemente. Tal vez habría que destacar pocas, pero obviamente honrosas, excepciones. Esa mayoría palaciega es capaz de cualquier barbaridad para satisfacer al autócrata y preparar con anticipación todo lo que sea menester a efecto de que siga en la cúpula del poder, sine die. Vitaliciamente, de ser posible. Mantener el estado de cosas, cualquiera que sea el precio, prolongaría los privilegios de quienes forman el entorno del gobernante.

Durante estos dos años y medio el Congreso ha concedido –sin negar una sola– todas las autorizaciones para que el Presidente Fujimori viaje al exterior, aprobando las correspondientes resoluciones legislativas. No hay leyes importantes. Algunas son repetitivas de otras anteriores, con ligeros cambios. No ha existido ni existe voluntad de fiscalización. Salvo la comisión investigadora de las pensiones otorgadas a los ex-Congresistas y la que debió investigar las presiones a los magistrados del Tribunal Constitucional, sólo [*sic*] se ha encargado a una comisión ordinaria que investigue el espionaje telefónico. Naturalmente no hay, ni habrá, resultados. La opinión pública es consciente de que los servicios de inteligencia están dedicados a la interferencia de las comunicaciones de los adversarios del gobierno.

Sistemáticamente, la mayoría ha rechazado las solicitudes de la minoría para investigar asuntos importantes, como los concernientes al tráfico ilícito de drogas, el enriquecimiento ilícito y otros más.

La mayoría del Congreso se ha negado, también sistemáticamente, a la interpelación a los Ministros.

El Congreso, en resumen, por la docilidad de su mayoría, se ha convertido en una dama de compañía del gobernante autócrata; y ha llegado al colmo de comparar a Fujimori con el Dios de los católicos. Alguien dijo de él que era un hombre providencial y no faltó otra voz de la mayoría que sostuviera que se debía dar al Cesar lo que es del Cesar; y a Fujimori lo que es de Fujimori.

Un Congreso que sólo [*sic*] representa a la minoría del país, ejerce, empero, la representación total. Ese Congreso es el que aprueba leyes y elige o ratifica funcionarios y organismos autónomos.

En este contexto de la obsecuencia nada puede extrañar de la mayoría. Acaso algún Congresista quiera salvar su nombre ante la historia, que será severa en el juzgamiento.

## El panorama político-social que vive el Perú

Conforme se advirtió en el debate del Presupuesto para 1998, los panegiristas del gobierno viven un mundo aparte. Para ellos el Perú es un sector del paraíso, acaso el más feliz. Todos han mejorado, por supuesto, sus niveles de vida. Unos desde el 28 de julio de 1990; otros a partir del 5 de abril de 1992; y los restantes en cuanto advino el segundo período fujimorista, el 28 de julio de 1995.

Esa bonanza de los integrantes de la cúpula gubernativa contrasta con la deplorable calidad de vida que afrontan millones de peruanos, cuya pauperización continúa agudizándose desde que asumió el gobierno el ingeniero Fujimori.

De espaldas al país, el gobierno de Fujimori suprimió el canon aduanero en favor del Callao y hace tabla rasa del canon minero en favor de los Municipios y Regiones cuyos recursos naturales son explotados.

Privatiza este infausto gobierno empresas públicas rentables a las que hace tasar y subastar por precios en algunos casos inferiores a la quinta parte de su real valor. Incumpliendo su obligación constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia y combatir toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, ha procreado empresas con capitales transnacionales que mantienen el monopolio de las fuentes de energía (hidrocarburos y electricidad) y de los servicios telefónicos y de transporte.

El tráfico ilícito de drogas provee de moneda extranjera al Banco Central de Reserva del Perú, que adquiere el billete verde en las calles de Lima y otras ciudades. Provee, asimismo, de recursos adicionales al Estado para mantener las fuerzas del orden.

Y, finalmente, el tráfico ilícito de drogas permite ingresos substanciales a colaboradores inmediatos del Presidente de la República, según denuncias reiteradas. Barcos de la Armada de Guerra y la aeronave usada por el Jefe del Estado en sus anteriores viajes al extranjero, han transportado importantes cargamentos de drogas hacia diversos países.

En vez de perseguir el delito y denunciar a los delincuentes, en ominosas declaraciones, la Fiscal de la Nación ha salido en defensa de los imputados. El Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas ha extendido certificado de buena conducta

al asesor de Palacio. Los Ministros de Economía y Finanzas y de Relaciones Exteriores avalan a los funcionarios implicados en proceso judicial. El propio ejerciente de la Presidencia del Perú mantiene incólume su vínculo con los sospechosos.

Cualquiera sea la verdad sobre estos hechos, es inocultable que en el Perú hay un régimen autoritario, que centraliza el poder y deifica a un hombre. Las instituciones están resquebrajadas.

Honradez, tecnología y trabajo han sido suplantadas por cleptocracia, narcocracia y mitocracia.

#### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y POLITICOS [sic]

En el Perú ha sido incesante la lucha por la veracidad de las elecciones. Hasta 1895 fueron las propias Cámaras Legislativas las que calificaban las elecciones y proclamaban a los elegidos. El sistema se prestó al fraude. En tal año se creó la Junta Electoral Nacional, con independencia y autonomía. Posteriormente, la Corte Suprema tuvo a su cargo esa labor. En la Constitución de 1933 se estableció el Poder Electoral.

El órgano supremo del Poder Electoral –el Jurado Nacional de Elecciones– empero no tuvo la autonomía requerida para actuar con independencia y aplicar la ley.

En 1949, por ejemplo, fue dictado el decreto-ley 11172, denominado Estatuto Electoral, en cuyo artículo 74º literalmente se dispuso:

“Artículo 74º.- El Jurado Nacional de Elecciones está constituido por los siguientes miembros:

Un vocal de la Corte Suprema de la República, designada por ésta [sic], que lo presidirá;

Un delegado del Poder Ejecutivo, designado por el Jefe del Estado, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Un delegado del Congreso Nacional, que será elegido por el Parlamento; y

Tres delegados sorteados entre los ciudadanos designados por los Jurados Departamentales de Elecciones, según las disposiciones indicadas en los artículos 76º y 78º.” [sic]

Como estaba disuelto el Congreso Nacional, una disposición transitoria facultó al Poder Ejecutivo, ejercido por la Junta Militar de Gobierno, a elegirlo. De manera que el general Manuel A. Odría designó a dos de los tres miembros del Jurado Nacional de Elecciones, que dirigió el proceso de 1950. El Presidente del Jurado, designado por la Corte Suprema, fue entonces el doctor Raúl Pinto, nombrado Vocal por el propio general Odría.

Obviamente, con semejante Jurado el general Manuel A. Odría fue proclamado Presidente de la República con alrededor del 95 % de los votos válidos. No hubo candidato opositor, ni personeros en las Mesas de Sufragios.

Sustancialmente, rigió la misma legislación en el proceso de 1956. Sin embargo, la participación de varios candidatos y la presencia de personeros en las Mesas de Sufragios dificultó, mas no impidió, el fraude electoral. Aún [*sic*] se recuerda que el Jurado Nacional de Elecciones fue integrado por Lengua, Rocha y Pinzás.

La renovación de la legislación electoral, para erradicar el fraude, se produce con el decreto-ley 14250, expedido en 1962, que fue modificado en el curso de los años posteriores. Empero, el fraude –como se ha señalado ya– ha adquirido nuevas modalidades.

El engranaje del Sistema Electoral, engendro de la actual Constitución, está ya en marcha para un nuevo fraude el año 2000.

Cuando ejercía la Presidencia del Congreso, el ingeniero don Víctor Joy Way Rojas expresó que el régimen actual se proyectaría por 30 años más; y un medio televisivo hizo público apuntes manuscritos del referido Congresista para repartir la publicidad del Estado entre los medios de comunicación que fueran proclives a la reelección presidencial el año 2000.

El proyecto materia de este dictamen apunta a ese objetivo.

Es pertinente, por ello, recordar a Alexis de Tocqueville, quien sostiene que “La intriga y la corrupción son vicios naturales de los gobiernos electivos. Pero, cuando el Jefe del Estado puede ser reelegido esos vicios se extienden

indefinidamente y comprometen la existencia misma del país. Cuando un simple ciudadano quiere ascender por medio de la intriga, sus maniobras no pueden ejercitarse sino sobre un espacio circunscrito. Cuando, al contrario, el Jefe del Estado mismo se lanza a la liza, usurpa para su propio uso la fuerza del gobierno. En el primer caso, se trata sólo [sic] de un hombre con sus débiles medios; en el segundo es el Estado mismo, con sus inmensos recursos el que intriga y corrompe. El simple ciudadano que emplea maniobras culpables para llegar al poder daña, sólo [sic] de manera indirecta, a la prosperidad pública; pero si el representante del Poder Ejecutivo desciende a la lucha, la atención del gobierno se vuelve para él secundaria, porque el interés principal es su elección. Las negociaciones como las leyes, no son para él más que combinaciones electorales; los empleos se convierten en recompensa por servicios prestados no a la Nación sino a su jefe. Aún [sic] en el caso en que la acción del gobierno no fuera contraria al interés del país, por lo menos no le resulta útil ya y parece haber sido hecha solamente para su uso”.

Soy uno de los pocos ciudadanos que, persistentemente, ha denunciado y denuncia el fraude electoral de 1995. Fujimori, en mi concepto, no fue elegido, sino usurpó el gobierno mediante el fraude. Reconozco, sin embargo, que oficialmente el Jurado Nacional de Elecciones proclamó al referido ciudadano como Presidente del Perú para el período 1995-2000.

Cuando Alberto Fujimori solicita su inscripción ante el JNE estaba vigente, aunque en apariencia, la Constitución de 1979. El Congreso Constituyente Democrático, cuya elección considero fue fraudulenta, dictó la primera Ley Constitucional, publicada en el diario “El Peruano” el 15 de enero de 1993, reconociendo –en lo no modificado– la Constitución referida.

El artículo 204º de la Constitución de 1979 declaró que no pueden postular a la Presidencia de la República, ni a las Vicepresidencias (inciso 1) el ciudadano que, por cualquier título, ejerce la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la ha ejercido dentro de los dos años precedentes.

Dicha norma impedía, sin ninguna duda, la postulación de Fujimori en 1995. Empero, para que se concretara la

inscripción de la candidatura a la Presidencia de la República del nombrado ciudadano, fue habilitado por el CCD.

Mediante la Ley Orgánica Electoral (26337), de 23 de julio de 1994, se sustituyó y adecuó el texto de la legislación electoral a las normas de la Constitución de 1993. En el artículo 71 de dicha Ley 26337 se estableció que no regía el inciso 1º “por mandato del artículo 112º de la Constitución Política de 1993”. Es decir, el Presidente Fujimori podía postular la reelección.

Si se sostiene la teoría que el Congreso Constituyente Democrático tenía potestad para interpretar la Constitución, hizo tal interpretación mediante la ley 26337. No hay, pues, ninguna duda acerca de que el ingeniero Fujimori fue postulado para un segundo período.

En idéntica forma –por la misma vigencia de la Constitución de 1993– el artículo 241 de la ley 26337 contiene el listado de los otros preceptos que no se aplican al prevalecer la norma constitucional.

Por Decreto Supremo Nº 61-94-PCM, de 5 de agosto de 1994, se convoca a elecciones generales de Presidente y Vicepresidentes de la República y para representantes a Congreso, “De conformidad con lo dispuesto por los incisos 5) y 8) de la Constitución Política del Perú, la Ley 26337 y el inciso 2) del Artículo 3º del Decreto Legislativo 560º.

Expresamente, el artículo 3º del Decreto Supremo Nº 61-94-PCM indica: “Las Elecciones Generales materia de la presente convocatoria, se registrarán por las disposiciones de la Constitución Política de 1993 y por el Texto Unico Integrado de la Ley Orgánica Electoral”.

No puede, por lo tanto, argüirse que las elecciones de 1995 no se realizaron de acuerdo a la Constitución de 1993.

Tres días después de ser inscrita la candidatura presidencial del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, el ciudadano Tito Ura Mendoza formuló tacha contra la misma y basado en que estaba impedido de postular por el inciso 1 del artículo 240º de la Constitución de 1979.

Luego de tramitar la tacha, el Jurado Nacional de Elecciones expidió la siguiente

## Resolución N° 172-94-JNE

Lima, 26 de octubre de 1994.

Vista, en sesión pública del 20 del mes en curso, la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, aduciendo que fue elegido bajo la vigencia del artículo 205 de la Constitución Política de 1979;

### CONSIDERANDO:

Que, la normatividad contenida en la Constitución Política de 1979 ha sido sustituida íntegramente por las disposiciones de la actual Constitución, en aplicación de su última Disposición Final, habiéndose cumplido además con el requisito de aprobación por referéndum;

Que, el artículo 112° de la Constitución Política del Estado de 1993 permite la reelección del Presidente de la República, sin establecer limitación alguna;

Que, las demás argumentaciones invocadas por el recurrente, no están previstas en ninguno de los casos que señala taxativamente el artículo 79 de la Ley Orgánica Electoral N° 26337, de 23 de julio último;

El Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones;

### RESUELVE:

Artículo único.- Declarar infundada la tacha formulada por don Tito Ura Mendoza, contra el candidato a la Presidencia de la República de la Alianza Electoral Cambio 90-Nueva Mayoría, ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, por los fundamentos señalados en los considerandos de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.

Nugent; Catacora Gonzales; Muñoz Arce; Hernández Canelo; Rey Terry.

Consecuentemente, se viabilizó la candidatura del ingeniero Fujimori en base a la aplicación de la Carta de 1993. Así completó su mandato.

De no haber ocurrido la adecuación a la Constitución de 1993, Fujimori no habría podido ser candidato a la Presidencia de la República.

El Jurado Nacional de Elecciones inscribió al ingeniero Fujimori como candidato a la Presidencia conforme a las disposiciones de la Constitución de 1993; y lo propio hizo con las listas de candidatos al Congreso unicameral, integrado por 120 miembros.

La resolución del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable la “ley interpretativa” del artículo 112º de la Constitución está vigente, aunque tres magistrados de ese Tribunal hayan sido destituidos injustificadamente por la mayoría fujimorista del Congreso.

## EL PROYECTO MATERIA DE DICTAMEN

Los hechos antes referidos acreditan que el proyecto materia de este dictamen no es sino una parte de la estrategia reeleccionista, anticonstitucional, que tiene montada el gobierno. Es, probablemente, la “ventanita” de que habló alguna vez el ingeniero Fujimori.

Se pretende que la Sala Plena de la Corte Suprema esté integrada por una mayoría de Vocales provisionales, cuyos méritos no han sido evaluados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Han sido llamados a integrar Salas Transitorias. Su permanencia está ligada a su dependencia. Pueden ser sustituidos, si no son dóciles. La Comisión Ejecutiva puede crear más Salas en la Corte Suprema. Todo puede ocurrir.

El afán de copar todos los espacios para alcanzar una nueva reelección, en base al fraude y al control de los mecanismos electorales, merece el repudio del país. No advierten los autores de estos hechos que están colocando al Perú en el peligro de una insurgencia absolutamente justificada.

No se trata, pues, de un proyecto limpio.

Su objeto trasciende la técnica legislativa y la vocación de servicio a la justicia.

El debate de este proyecto, sin duda, será semejante a los que, desde hace más de un siglo y medio, fue escenario el Parlamento Nacional: entre los que aspiran a que los pueblos elijan a sus gobernantes y los que recurren a la manipulación de todos los resortes del poder para medrar en el poder.

El ciudadano que elija la Sala Plena de la Corte Suprema presidirá el Jurado Nacional de Elecciones. El ciudadano que elija la Junta de Fiscales Supremos integrará ese Jurado. La renovación de un tercer integrante del Jurado Nacional de Elecciones estará sujeta a la presión oficial. La “ventanita” podrá abrirse, como consecuencia.

En el nivel de los Jurados Electorales Especiales, los Vocales provisionales, interinos o suplentes; y los Fiscales igualmente provisionales, interinos o suplentes, actuarán sin dudas ni murmuraciones.

El Sistema de Inteligencia Nacional ha penetrado en las estructuras del Poder Judicial y del Ministerio Público. Hay magistrados que offician, simultáneamente, como agentes del SIN. Es público el hecho de que la ex-Fiscal de la Nación –hoy Presidenta de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público– informaba asuntos reservados a Palacio de Gobierno. Es, también, público el caso de un magistrado supremo que fraguó un acta contra un Congresista. El SIN selecciona a los magistrados provisionales y suplentes. Tiene una especie de academia para preparar a abogados que, a través de ese eficiente conducto, les facilite el acceso al Poder Judicial y al Ministerio Público. La autonomía e independencia de ambos es una farsa.

Finalmente, el aparato del fraude tendrá en las Mesas de Sufragios otro factor determinante. Escogidos por una mixtura de jueces y fiscales, los titulares de las Mesas de Sufragio pueden, además, ser reemplazados por los miembros de las Fuerzas Armadas. Todos los servicios de inteligencia estarán prestos a suplantar actas y manipular cómputos.

Así se proyecta el fraude.

En mi opinión, por decoro del Congreso, no debe aprobarse el proyecto.

En sustitución, para preservar la normatividad constitucional, sugiero el texto siguiente:

El Congreso de la República:

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Deróganse las leyes 25546, 26623, 26695 y 26696 y, en consecuencia, recobran vigencia las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Lima, 8 de diciembre de 1997.

Javier Alva Orlandini  
Congresista de la República

### 30. Uno es quórum de tres: camino a la corrupción

El artículo 3º de la Ley Nº 26747, de 25 de enero de 1997, dispuso:

En caso de ausencia de hasta dos de sus miembros, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, continuará funcionando como órgano colegiado.

Igualmente, el artículo 2º de la Ley Nº 27009, de 5 de diciembre de 1998, estableció:

Asimismo, en caso de que hasta dos de los Magistrados miembros de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial encontrándose dentro o fuera del territorio nacional, estuvieran impedidos de ejercer sus funciones de gobierno y gestión como consecuencia de un acto de fuerza, la mencionada Comisión continuará funcionando como órgano colegiado, facultándose al Presidente de la misma para nombrar a su Secretario Ejecutivo a fin de garantizar el funcionamiento de ella y la continuidad de las acciones presupuestarias.

La presencia en la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial era, en la práctica, decorativa. El Secretario Ejecutivo, primero un marino retirado, después un abogado que fracasó en su propósito de ser Magistrado del Tribunal Constitucional, hacían y deshacían en ese Poder del Estado; pero no por voluntad propia, sino cumpliendo órdenes del asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, como lo acreditan los “vladivideos”, vale decir la documentación audiovisual, fehaciente, que contiene la obra “En la Sala de la Corrupción”, que en seis volúmenes editó el Fondo Editorial del Congreso de la República, del que se ha transcrito algunos párrafos.

Las funciones atribuidas a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por el artículo 3º de la Ley Nº 26656, parcialmente modificada por el artículo 3º de la Ley Nº 26695, de 3 de diciembre de 1996, fueron las de (a) calificar y evaluar al personal de los Órganos Auxiliares y Administrativos del Poder Judicial y ratificar o cesar al personal, según los resultados de la evaluación; (b) Elaborar y aprobar el Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial; (c) Elaborar y aprobar el Reglamento

y Escalafón del personal de los Órganos Auxiliares y Administrativos del Poder Judicial, sujeto a las normas del Decreto Legislativo N° 276 y su inclusión en los alcances del Decreto Ley N° 26093; (d) Aprobar los proyectos de normas legales que presente la Comisión Consultiva de Emergencia; (e) las demás que acuerde el Reglamento de la presente ley; y (f) Promover y ejecutar la política de descarga procesal mediante la creación, conformación y reorganización de Salas Transitorias de la Corte Superior y de la Corte Suprema, Juzgados Transitorios y Especializados de los Distritos Judiciales de la República.

Sin entrar al detalle de tales funciones, es evidente que no le correspondía ejercer a la Comisión Consultiva de Emergencia las atribuciones que están reservadas por los artículos 107º y 144º de la Constitución a la Sala Plena de la Corte Suprema. Y, en lo que atañe a la descarga procesal, los hechos demuestran que no sólo [sic] no se alcanzó ese objetivo, sino que la sobrecarga está incrementada a pesar de los Códigos Procesal Civil y Procesal Penal.

La seguridad jurídica, de la que tanto se habla en tiempos recientes, para atraer inversiones foráneas y nativas, requiere de una justicia rápida y predecible. La seguridad personal, que es parte integrante de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, es incompatible con prolongados procesos inquisitivos, en que se triplica el esfuerzo de los operadores policiales, fiscales y judiciales, sin que los procesos alcancen oportuna sentencia.

Los actos de corrupción que se denuncian en los medios de comunicación, con titulares sensacionalistas, afectan al Poder Judicial y no sólo [sic] a los agentes de los delitos, que deben ser sancionados severamente. Se debilita la institucionalidad democrática cuando la gente común pierde fe en la justicia. Sobre la reforma judicial, que se inicia en los albores de la República, y que es tarea inconclusa y agravada, se han formulado multitud de estudios y de proyectos. La credibilidad de la opinión pública en la justicia es casi equivalente a cero, si tenemos en consideración encuestas realizadas a fines del año 2006, en que el 96% la cuestiona.

### III.\* REFORMA DEL PODER JUDICIAL: PRIORIDAD NACIONAL

#### 31. La Comisión Especial para la Reforma Integral de la Justicia

Recogiendo el clamor nacional fue aprobada, por consenso, la Ley N° 28083, promulgada el 3 de octubre de 2003, por la que se crea la

\* En los fundamentos del Voto del Magistrado Alva Orlandini de la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, extraído de la página web del Tribunal Constitucional, se lee: III. debiendo decir: IV.

Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia.

La CERIAJUS estuvo integrada por el Presidente del Poder Judicial, que la presidía, el Fiscal de la Nación, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, un representante del Tribunal Constitucional, el Presidente de la Academia de la Magistratura, el Ministro de Justicia, el Defensor del Pueblo, dos representantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República y cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional; y, luego, un representante de los Colegios de Abogados y un representante de cada una de las Facultades de Derecho de las tres universidades nacionales y de las tres universidades particulares más antiguas. El Decreto Supremo N° 010-2005-JUS completó la regulación legal de la CERIAJUS.

Los 20 juristas formularon un total de 170 propuestas para dar solución al problema de la reforma judicial.

Varios proyectos de ley están en estudio del Congreso. Entre tanto, la situación se agudiza. Los procesos penales, con reos en cárcel, están con plazos legales vencidos o por vencer, sin sentencia de primer grado. Los procesos civiles abarrotan los locales judiciales. Es materialmente imposible que, si no hay cambios sustanciales, acaso contenidos en el Plan Integral aprobado por la CERIAJUS, no haya salida a esta grave situación.

Concurrentemente, a pesar de los esfuerzos de los sucesivos Presidentes del Poder Judicial, en los últimos años, no se advierte ningún cambio sustancial en cuanto a la celeridad en el trámite de los procesos que son de su conocimiento, salvo los referidos a los juzgados comerciales. Tiene derecho el Perú a saber cómo se aplicó ese importante apoyo del PNUD, en beneficio del Poder Judicial y del Ministerio Público, pues únicamente se sabe que quienes ejercían los más altos cargos institucionales, en aquella época (1996-2000), están procesados o sentenciados, pero por motivos diversos.

Hay un proyecto de modificación parcial del Código Procesal Civil, en debate en la Comisión de Justicia del Congreso, que ha sido observado por Juan Monroy Gálvez, por cuanto no está adecuado a los principios procesales que inspiran ese Código.

Javier de Belaunde López de Romaña, profesor universitario y abogado en ejercicio (“La Reforma del Sistema de Justicia” –Fundación Honrad

Adenauer- Lima, abril de 2006, pág. 43), escribe al respecto:

La reforma de la Corte Suprema requiere un trabajo sostenido en los tres temas referidos en los puntos anteriores, cosa que implica hilvanar cuidadosamente tanto cambios puntuales como estructurales en un cronograma de acciones que identifique claramente a los responsables, los montos que requieren invertir y los resultados que se obtendrían con éstos [sic].

En ese sentido urge comenzar con el debate público, amplio y programado sobre la estructura y funciones constitucionales de la Corte Suprema que es en definitiva el tema medular de este sector de la reforma, responsabilidad que corresponde a las Comisiones de Constitución y de Justicia del Congreso, y que van postergando hace casi dos años. Esta reforma constituye el marco en el cual se deben ir desarrollando todos los demás cambios de mediano y corto plazo.

En segundo lugar se requiere que se adopten, progresivamente, las medidas legales necesarias para reducir el ámbito de las funciones jurisdiccionales de la Corte Suprema solamente a los procesos que se derivan de la Constitución y a las causas que ingresen vía casación o eventualmente por el certiorari. Ello también implica debatir sobre cuál es el mejor modelo para limitar el acceso a la Suprema: casación sin efecto suspensivo, casación con certiorari o certiorari puro. Además esta medida debe prever la necesidad de reforzar la capacidad y calidad de las Salas superiores que serán las instancias donde terminarán los procesos regularmente.

Sin embargo, como ello implica un proceso legislativo de mediano plazo, resulta necesario dar inicio a un tercer grupo de medidas más a corto plazo a cargo del Poder Judicial y de la Academia de la Magistratura. Entre las que se encuentran el inicio de la publicación y sistematización de las sentencias de las máximas instancias, la capacitación sobre temas de precedente obligatorio, la realización de trabajos estadísticos que permitan identificar los temas en los que corresponde fijar jurisprudencia vinculante, etc.

Las reflexiones de Belaunde López de Romaña son válidas. Proviene más del maestro que del litigante. La reforma del Poder Judicial es una suerte de muletilla usada en varias etapas de nuestra vida republicana, como se ha señalado anteriormente; pero no se reduce sólo [sic] a la Corte Suprema, sino que debe abarcar todas las instancias. Se requiere, obviamente, de no sobrecargar a la Corte Suprema con asuntos que pueden ser resueltos, en definitiva, en las Cortes Superiores, pero

siempre observando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. La actual LOPJ establece que la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene efectos vinculantes. Si ese principio se incorpora a la Constitución y tampoco se cumple, nada variaría.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, tienen también efectos vinculantes, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo del efecto normativo. Sin embargo, en fecha no lejana, la resolución del Jefe de la Oficina de Control Interno del Poder Judicial, para que se diera cumplimiento al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, concerniente al efecto vinculante de las sentencias del Órgano Supremo de control de la constitucionalidad, pretendió ser enervada por un comunicado de la Comisión Ejecutiva de ese Poder:

Mediante la sentencia de 29 de agosto de 2006 (Exp. N° 5156-2006-PA-TC), el Tribunal Constitucional ha precisado los casos en que, por aplicación de los artículos 99° y 100° de la vigente Constitución, los Magistrados de la Corte Suprema pueden ser sometidos a antejuicio político y, eventualmente, por acusación constitucional, denunciados por la Fiscalía de la Nación ante el propio Poder Judicial, para la investigación y el juzgamiento a que hubiere lugar; y, asimismo, los casos en que pueden ser, previo debido proceso, destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura, por aplicación del artículo 154°-3 de la Ley Fundamental, según el que:

La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

La manera de designación de los magistrados judiciales y fiscales ha sido fuente permanente de críticas. La preponderancia del Presidente de la República, en esta materia, fue siempre preponderante, como se puede advertir de los hechos históricos relatados precedentemente.

Se dio apariencia de independencia a los nombramientos judiciales, a partir de la creación del llamado Consejo Nacional de Justicia. Empero, este Consejo fue dependencia de Palacio de Gobierno. Algo semejante ocurrió con el Jurado de Honor de la Magistratura, en la década pasada, que no fue un órgano constitucionalmente idóneo.

El Consejo Nacional de la Magistratura, compuesto por siete miembros, ampliable a nueve, no siendo todos letrados, ha ejercido sus atribuciones de nombrar, sancionar disciplinariamente y ratificar o no ratificar magistrados con relativa eficiencia. Hay vacantes en la Corte Suprema cuyos titulares aún [*sic*] no han sido nombrados.

Es verdad que está en debate cuáles serían las competencias de la Corte Suprema, pues el exagerado número de procesos de que conoce actualmente, si no se reduce, impediría que se establezca en once el número de Vocales Supremos, que es el mismo que durante casi cien años ha tenido ese máximo órgano de la justicia ordinaria.

Está, pues, imbricada la reforma judicial a la reforma de los códigos procesales; o, para expresarlo de modo distinto, el número de magistrados debe estar en relación directa con el número de procesos que deban resolver.

No se trata de un asunto cuya solución deba demorar, sino al contrario: es un tema que requiere ser considerado prioritariamente, con reforma o sin reforma constitucional.

Pero: ¿Qué es la reforma judicial? ¿Qué se busca con la reforma judicial? ¿Cuán difícil es hacer la reforma judicial? Tales preguntas y muchas más han sido hechas y continuarán motivando comentarios persistentes en todos los ámbitos de la vida del Perú, aunque la temática no es exclusivamente nacional.

En la ceremonia de inauguración del año judicial, el 3 de enero de 2006, los Presidentes de las Cortes Superiores de toda la República, con diversas palabras y con un mismo contenido, han hecho profesión de fe en la justicia, oportuna y eficaz. En la Corte Suprema de Justicia, acaso con estilos oratorios diferentes pero con idéntico propósito, Walter Vásquez Vejarano y Francisco Távara Carrasco abordaron las múltiples facetas de la reforma judicial. El primero lamentó no haber tenido los recursos presupuestales suficientes e hizo hincapié en la bilateralidad de la corrupción: no hay corrupto sin corruptor. En un pasaje de su discurso memoria, dijo:

Como ha ocurrido siempre, la corrupción ocupa preeminente lugar de la preocupación nacional y, por consiguiente, se traduce en censura intermitente y acerva.

El segundo, al asumir la Presidencia del Poder Judicial por un período de dos años, señaló:

La justicia no es un bien que se provea para unos pocos, la justicia es un bien o valor que pertenece a todos, y dentro de una democracia, por fuerza de la razón natural, se imparte por igual a todos... La condición de imparcialidad e independencia en la impartición de justicia constituye el fundamento mismo de

la función jurisdiccional... Todo este derrotero de interrelación entre el Poder Judicial y la designación de nuevos magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura se ha desenvuelto en un derrotero de gradual afirmación del Poder Judicial, luego de que junto a otras instituciones del Estado fuesen intensamente intervenidas y debilitadas durante la década pasada. Tal vez ese hecho histórico sirva para entender el estado actual de crisis del Poder Judicial, pero también justifica la esperanza del devenir de nuevos cambios, porque aunque sea un lugar común acusar al Poder Judicial, es palpable que ha habido mejoras, desde la reinserción del Perú dentro de una democracia plena.

En la década pasada se produjo un hecho histórico: la abolición de la independencia del Poder Judicial (y, en general, del Estado de Derecho), a partir del 5 de abril de 1992. Pero ese “hecho histórico” es, también, un hecho delictivo previsto en el artículo 346º del Código Penal: el delito de rebelión. Y, a su vez, el delito de rebelión estuvo asociado a delitos contra la voluntad popular (artículos 354º-364º del Código Penal), a delitos de abuso de autoridad (artículos 376º-381º del Código Penal), a delitos de concusión (artículos 382º-386º del Código Penal), a delitos de peculado (artículos 387º-392º del Código Penal), a delitos de corrupción de funcionarios (artículos 393º-401º del Código Penal), y a otros más.

Recogiendo el clamor público, el diario *El Comercio*, de 5 de enero de 2007, en nota editorial titulada *Poder Judicial: Esperanzadoras señales de reforma*, manifestó:

La juramentación del nuevo presidente de la Corte Suprema, doctor Francisco Távora, ha traído aires de renovación que, la ciudadanía espera, lleguen a plasmarse prontamente en cambios que le devuelvan prestigio a la administración de justicia peruana.

En el mismo medio de expresión, el 6 de enero de 2007, el presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, ingeniero Francisco Delgado de la Flor, en la entrevista que se le hizo, manifestó:

[...] el Poder Judicial está muy desprestigiado, y eso hace que muchos no quieran postular. Además, los sueldos son cada vez más bajos. Un jurista de prestigio dice que por ese sueldo no se presenta y los requisitos que se están pidiendo son cada vez más fuertes. Nosotros estamos convencidos de que alguien que no reúne los requisitos no debe ser vocal supremo.

Con expectativa, el Perú espera que el Poder Judicial, con el apoyo de los otros poderes y órganos del Estado, pueda satisfacer las exigencias del pueblo. Dentro del afán de armonizar el trabajo judicial, tal como ocurrió durante la gestión del Presidente Vásquez Vejarano, el actual Presidente del Poder Judicial ha reunido, en Piura, a todos los Presidentes de las Cortes Superiores y a otros altos funcionarios de ese Poder.

### 32. Sin embargo: algo más que buenas intenciones

La historia del Perú –también la de muchos otros países– está signada por la primacía de regímenes autoritarios, en mayor o menor grado, que suprimieron la libertad de expresión. Sin embargo, la evolución de la tecnología hace difícil que esa libertad sea anulada de manera absoluta, como ocurriera hasta mediados del siglo anterior. En efecto, las dictaduras censuraban la prensa escrita y nadie podía leer sino lo que los detentadores del poder permitían, generalmente los comentarios laudatorios y las informaciones distorsionadas.

Desde la segunda mitad del siglo XX, los gobernantes arbitrarios han usado –y en otros lugares del mundo siguen usando– métodos más prácticos, sutiles o no, para manipular los medios de comunicación. Recuérdese que durante la dictadura del general Manuel A. Odría, en el Perú, los periodistas ejercían su labor sujetos a la “espada de Damocles”. Incluso, el director de un semanario, Leonidas Rivera, que era diputado odríista por Lima (elegido en un proceso escandalosamente fraudulento), fue expulsado del Congreso y penalmente procesado por poner, supuestamente, en riesgo las relaciones de nuestro país con la Argentina de Perón.

En verdad no hubo prensa de oposición durante el nefasto régimen del ochenio, surgido del cuartelazo del 27 de octubre de 1948, que depuso al presidente José Luis Bustamante y Rivero.

En el Gobierno militar, especialmente en la primera fase del 3 de octubre de 1968 al 29 de agosto de 1975, la libertad de expresión fue erradicada. A través de diversos dispositivos se incautó el diario “Expreso” y más adelante los demás diarios con el pretexto de ponerlos al servicio de diversos sectores de la población.

Así permanecieron hasta el 28 de julio de 1980, en que el presidente Fernando Belaunde Terry dispuso la devolución de todos los medios de comunicación a sus legítimos propietarios.

El 5 de abril de 1992 el control de los medios de comunicación fue acaso más eficaz, en la medida en que no se usó de la fuerza sino del dinero del presupuesto nacional. Aparentemente los medios de comunicación mantenían su independencia y su credibilidad; pero su programación, incluyendo la de esparcimiento, estaba digitada y dirigida a manipular la opinión pública.

Desde su aparición en el escenario de la información, los medios radiales y televisivos fueron utilizados perversamente por las dictaduras, en razón de la concesión del espectro electro magnético, que es un recurso natural de propiedad de la Nación, requería cumplir las exigencias legales y administrativas; y, consecuentemente, esa concesión era potestad virtualmente discrecional de quienes ejercían las funciones públicas.

El funcionamiento de las radioemisoras y los canales de televisión dependía, igualmente, de su sometimiento a la voluntad de los autócratas, que en la década del fujimontesinismo usó alegremente de los caudales públicos.

La importancia de los medios de comunicación, en la formación moral y cultural de la población, es evidente. En estos años iniciales del siglo XXI es virtualmente imposible que haya seres humanos ajenos a la información. La tasa de analfabetismo en el mundo ha descendido notablemente en el curso del siglo XX. El Perú, pese a las limitaciones y defectos de nuestro sistema educativo, no ha sido excepción a tal hecho. Pero, adicionalmente, a todos los ámbitos del planeta llegan la radio y la televisión; y, en menor medida, la informática. Puede, por lo tanto, afirmarse que –excluyendo a los niños de poca edad– no menos de cinco mil millones de seres humanos conocen los hechos más trascendentes que ocurren en cualquiera de los lugares más lejanos a los que habitan.

Los seres humanos, cualquiera que sea el lugar en que habiten, tienen derechos protegidos. Incluso en naciones en las que imperan regímenes proclives al abuso del poder político. Los medios de comunicación, especialmente radiales y televisivos, remontan las fronteras nacionales. No hay muros que impidan el desplazamiento de las ondas audibles y visibles.

El uso abusivo del poder político –la agresión, no necesariamente bélica, de un Estado a otro– suele ser materia de condena por los organismos internacionales. Y el uso abusivo de la libertad de expresión –que viola cualquier otro derecho fundamental de la persona– tiene, asimismo, como contrapeso la legislación que cada país adopta.

No hay derechos absolutos, irrestrictos.

En el Perú no llega a comprenderse que la libertad de expresión no es libertinaje. Los que usan de la libertad de expresión para agraviar a las personas están sujetos a las responsabilidades previstas en las leyes, las cuales son de dos tipos: civil y penal.

La responsabilidad civil está prevista en el Código Civil de 1984.

El Libro I, “Derechos de las Personas”, Sección Primera, “Personas Naturales”, Título I, “Principio de la Persona” dispone:

“Artículo 17º.- Defensa de los derechos de la persona

“La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este

“título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de “los actos lesivos. [sic]

“La responsabilidad es solidaria.”

A su vez, el Libro VII, “Fuentes de las Obligaciones”, Sección Sexta, “Responsabilidad Extracontractual, declara:

“Artículo 1969º.- Responsabilidad por daño doloso y culposo.

“Aquél [sic] que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. “El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.” [sic]

La responsabilidad penal está tipificada en el Código Penal de 1991.

El Libro Segundo, “Parte Especial – Delitos”, Título II, “Delitos contra el honor”, Capítulo Único, “Injuria, difamación y calumnia”, sanciona

“Artículo 132º.- Difamación

“El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda “difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta “que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de “libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento días multa.” [sic]

“Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131º, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días multa.” [sic]

“Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de “comunicación, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de “tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días multa.” [sic]

Las disposiciones legales referidas tienen su basamento en la Constitución Política de 1979 (vigente cuando se promulgaron el Código Civil y el Código Penal) y, obviamente, en la Constitución Política de 1993.

En efecto, la actual Carta, Título I, “De la Persona y de la Sociedad”, Capítulo I, “Derechos Fundamentales”, indica:

“Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.” [sic]

“Artículo 2º-1.- Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su “integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.” [sic]

“Artículo 2º-4.- Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y los demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

“Artículo 2º-7 expresa que toda persona tiene derecho “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste [sic] se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.” [sic]

Numerosas encuestas de opinión pública, realizadas en los últimos cinco años, establecen que la credibilidad en el Poder Judicial no es precisamente la que requiere ese órgano fundamental de impartición de justicia. El negativo concepto no es reciente, sino que, antes, los regímenes autoritarios impidieron el ejercicio de todo tipo de libertad de expresión.

Desde inicios de la República hay, sin embargo, en el Poder Judicial una pléyade de ilustres juristas que habrían honrado a cualquier tribunal del mundo. En los tiempos actuales nadie puede dudar de la honorabilidad de magistrados que se desvelan por cumplir sus atribuciones, a pesar del impacto que han sufrido sus remuneraciones. Casos aislados no deben afectar la credibilidad en el Poder Judicial.

Sin embargo, esos casos aislados dañan la imagen institucional. Las experiencias personales pueden servir para que el servicio de justicia sea de conocimiento público y motive, en el futuro, las correcciones pertinentes.

Una de esas experiencias es la que narro a continuación. El Canal N, de Lima, trasmitía el programa denominado “Barra de Mujeres”. Los días sábado 9, dos veces, y domingo 10, una vez, de octubre de 2004, o sea hace dos años, “Barra de Mujeres”, dirigido por Ana María Yáñez de Málaga, me difamó ante decenas de miles de televidentes. Intenté hacer la rectificación inmediata, el propio sábado 9; pero me manifestaron en el Canal N que el programa era grabado.

Inicié, por lo tanto, la querrela respectiva contra la autora del delito ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, de turno (Expediente: 115-05, Secretario Sarmiento). El 17 de mayo de 2005, la juez Yngrith Grosso García expidió una sentencia exculpatoria (no la califico de insólita, pues deben haber otras semejantes o peores), respecto de la cual formulé la correspondiente apelación, en los términos que siguen:

La sentencia no sólo [*sic*] promueve la teoría de la impunidad, sino que, además, expresa conceptos lesivos contra el honor del suscrito.

En el **Considerando Primero**, la sentencia omite referir que (además de ratificarme en la querrela) indico que el programa “Barra de Mujeres” fue trasmitido dos veces el sábado 9 de octubre y por tercera vez el domingo 10 de octubre de 2004; y que el público que vio y escuchó tal programa fue distinto, total o parcialmente. Por lo tanto, el hecho delictuoso “la difamación” fue repetido y ampliado. Asimismo, no evalúa el hecho de que no se hizo la inmediata rectificación solicitada por el suscrito el propio sábado 9, ni tampoco el domingo 10, por cuanto el programa estaba grabado.

La querrellada tuvo conocimiento de mi pedido de rectificación el sábado 9 y, sin embargo, repitió dos veces el comentario agravante.

En el **Considerando Segundo**, la sentencia dice que la querrellada afirma que “Barra de Mujeres” no es un programa de investigación sino sólo [*sic*] de opinión y que el tema pensionario estaba tratado tanto en el Congreso como en el Tribunal Constitucional. La afirmación es falsa. Efectivamente, la reforma constitucional relativa al régimen pensionario no estaba sujeta a decisión del Tribunal Constitucional, el que sólo [*sic*] interviene si se plantea demanda de inconstitucionalidad de la ley, hecho que no había ocurrido el 9 de octubre de 2004. Y no considera la malicia en la conducta de la querrellada, quien sólo [*sic*] se refiere a mí para atribuirme actuar con inconducta funcional, a pesar de que son 120 los Congresistas y 7 los Magistrados del TC.

En los **Considerandos Tercero, Cuarto y Quinto**, la sentencia pretende recurrir al Derecho Internacional y la Constitución Política

del Perú. Transcribe el artículo 11º de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 2º, inciso 7, de nuestra Ley Fundamental, que reconoce que la persona humana es el objeto y fin último de cualquier regulación legislativa. Analiza, también, los elementos del tipo penal correspondiente al artículo 132º del Código Penal.

En el **Considerando Sexto**, el autor de la sentencia considera que “las expresiones vertidas por la querellada a través del programa televisivo Barra de Mujeres, propalado por Canal N en su edición del día nueve de octubre de dos mil cuatro, en el sentido de atribuir al querellante, Presidente del Tribunal Constitucional, haber utilizado su cargo para beneficiarse con una pensión derivada de la ley veinte cinco treinta, lo cual ha sido debidamente acreditado tanto con el video del programa televisivo materia de litis presentado por el querellante, cuya transcripción obra en autos a fojas ciento cuarentiséis; así como con la propia aceptación realizada por la querellada en su declaración instructiva antes glosada, quien señala que las opiniones vertidas lo hizo en mérito de otras investigaciones periodísticas, específicamente la propalada por el periodista César Hildebrant en su programa “La Boca del Lobo”, constituyen una conducta que reúne los requisitos objetivos del tipo penal de difamación, previsto en el artículo ciento treintidós del Código Penal, en la medida que la denunciada atribuyó un hecho al agraviado que ha resultado falso, tal como se acredita con las instrumentales de fojas ciento seis a fojas ciento catorce; lo que ha podido efectivamente perjudicar su reputación.” [sic]

Empero, en los **Considerandos Séptimo y Octavo**, el autor de la sentencia estima que no hay el elemento subjetivo por cuanto la querellada no ha actuado con dolo. Vale decir, la querellada, que es abogada de profesión, según aparece de su declaración instructiva de fojas 139 a fojas 142, en el programa “Barra de Mujeres” me imputó haber usado el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional a fin de dictar sentencias que me favorecían económicamente, manteniendo o incrementando una pensión que no tengo ni tendré jamás.

Según el autor de la sentencia (considerando **Noveno**) “[...] que las expresiones vertidas por la querellante (sic), si bien se puede señalar que si bien responden a los elementos objetivos del delito de difamación, tal como ha quedado establecido, estas fueron producto, o mejor dicho, fueron vertidas en función a la información que era de **dominio público**, la cual no había sido difundida por la querellada [...]”. La sentencia sostiene la peregrina teoría de que en el **dominio público está que el suscrito, que ejerce la función de Presidente**

**del Tribunal Constitucional, se incorporó fraudulentamente al régimen pensionario del decreto ley N° 20530 y que, ejerciendo el cargo de Magistrado de ese Tribunal, ha dictado sentencias para favorecerse.**

No hay un solo medio de comunicación que haya sostenido mi ingreso **fraudulento** al referido régimen pensionario. Tampoco existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional que, directa o indirectamente, haya sido dictada para favorecerme.

Simplemente: no estoy en tal régimen pensionario y no hay ninguna sentencia dictada dolosamente para favorecerme. He acreditado, con documento público fehaciente, que no estoy en el referido régimen pensionario.

Es obvio que cada persona tiene su autoestima y su propia moral. El autor de la sentencia tiene las suyas. Empero, en tanto ejerce la función judicial, debe leer y practicar el Código de Ética del Poder Judicial del Perú, aprobado en sesiones de Sala Plena de 9, 11 y 12 de marzo de 2004.

La sentencia otorga a la querellada el gozo de ilegal inmunidad, con el argumento írrito de que, por no ser periodista de investigación puede difamar a quien quiera; y yo, por ser funcionario público, debo soportar cualquier agravio. Teoría tan peligrosa viola el principio de igualdad ante la ley, declarado en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución Política del Perú.

Es más: el autor de la sentencia –mintiendo– afirma (considerando **Décimo Quinto**) que otros medios de comunicación habían señalado que el querellante era beneficiario del régimen pensionario del decreto ley N° 20530. Sin embargo, en el proceso sólo [*sic*] ha probado la querellada que el mercenario que usa otro canal de televisión hizo referencia a ese hecho absolutamente falso. El mercenario no es fuente de la verdad.

En el propósito de exculpar a la querellada, en el mismo considerando, el autor de la sentencia sostiene que “...concluye que las expresiones vertidas por la querellada se basaron en la información recibida, **emitiendo al respecto sus propias opiniones. Expresiones y juicio de valor**”.

La sentencia prescinde de referirse a expresas y obligatorias normas de la Constitución y tergiversa el sentido y el texto expreso del art. 132 del Código Penal, incurriendo en prevaricato-

Debo reiterar que el Título I de la Constitución Política del Perú trata **De la Persona y de la Sociedad** y que el Capítulo I de dicho Título señala cuáles son los **Derechos Fundamentales**.

Dentro de tal Capítulo el artículo 1º declara que **“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”** [sic]

Asimismo, el artículo 2º-1 indica que **“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”**

El propio artículo 2º-4 dispone que **“Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y los demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.”**

Igualmente el artículo 2º-7 expresa que toda persona tiene derecho **“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste [sic] se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”** [sic]

Las referidas normas constitucionales son el basamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Tienen antecedentes en las once Constitucionales precedentes; y están avaladas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 132º del Código Penal tipifica el delito de difamación y señala la pena correspondiente: **“Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días multa.”** [sic]

El artículo I del TP del Código Penal precisa que **“Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.”** [sic]

El principio de lesividad está recogido en el artículo IV del TP del Código Penal: **“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”** [sic]

El principio de **responsabilidad penal** del autor está declarado en el artículo VII del TP del mismo CP;

De la visualización del video emitido el día sábado 09 de octubre del 2004, por el Programa Barra de Mujeres, se ha podido corroborar que la conductora Ana Cecilia Yáñez Malaga sostuvo que el Dr. Javier Alva Orlandini es beneficiario de ley 20530, (hecho imputado, con evidente malicia, y desvirtuado documentalmente); que como Presidente del Tribunal Constitucional tenía conflicto de intereses, razón por la cual debía inhibirme como magistrado; que mi intervención como Magistrado le quita legitimidad a las sentencias relacionadas con el decreto ley 20530; y, finalmente, que he dado un fallo en favor de mi pensión, por lo que su monto no puede ser reducido.

La querellada mintió públicamente. Para dar credibilidad a los hechos difamatorios aprovechó la presencia en ese programa de dos distinguidos juristas (Carlos Blancas Bustamante y Pedro Morales Corrales), quienes mantuvieron silencio ante las temerarias afirmaciones, por cuanto desconocían que yo nunca fui pensionista, ni lo seré jamás, del régimen establecido por el decreto ley 20530. Así los televidentes creyeron que era cierta la versión de la querellada.

El programa en que se me ofende fue transmitido dos veces el día sábado 9 y una vez el día 10 de octubre del 2004. Cada vez que se trasmite el programa “Barra de Mujeres” son decenas de miles de personas que lo ven y escuchan.

La conducta de la querellante cumple el elemento subjetivo del tipo penal que se exige para la configuración del delito de difamación que consiste en la conciencia y en la voluntad de lesionar la reputación o el honor ajeno, mediante dos elementos que definen el factor intencional: ofensa y divulgación.

La querellada intenta disminuir su responsabilidad penal con el argumento de que otro periodista, que recurre sistemáticamente a la difamación, hizo el mismo agravio. Es obvio que la conducta delincuencia no puede servir de paradigma. Si se trata de la participación en actos punibles, se aplica la norma del artículo 23º del Código Penal.

Las únicas causas que eximen de pena están enumeradas en el artículo 20º del Código Penal. La querellada no se encuentra en ninguna de las hipótesis legales.

La ejecutoria suprema de 28 de abril de 1995 (Exp. 144-94) declara que “Está exento de responsabilidad penal el reo que presenta

personalidad esquizoide paranoide.” [sic] La querellada no ha argumentado estar en tal situación; pero si el Juzgado dispone se realice una pericia de oficio y la misma determina esa dolencia, me atengo al resultado.

En tanto ello no ocurra, la querellada debe ser condenada a la pena privativa de libertad de tres años, al pago de trescientos sesenticinco días multa, de acuerdo al artículo 132º del Código Penal; y al pago de la reparación civil de quinientos mil nuevos soles, según los artículos 92º, 93º, inciso 2, y 101º del propio Código Penal; y los artículos IX del TC y 1969º del Código Civil.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal –Reos Libres– de Lima, integrada por los Vocales Carrasco Navarro, Izaga Pellegrin y Chamorro García, resolvió (Exp. 1311-04), en los términos siguientes:

Lima, 12 de agosto de 2005. VISTOS: interviniendo como Ponente el Señor Vocal Carrasco Navarro; y oído el informe oral y de hechos.- Es materia de apelación la sentencia obrante a fojas 218, que absuelve a la querellada Ana María Cecilia Yáñez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el honor – difamación, en agravio de Javier Alva Orlandini; y CONSIDERANDO: PRIMERO.- El querellante Javier Alva Orlandini interpone denuncia penal contra Ana María Yáñez Málaga, por el presunto delito de difamación, al considerar lesionado su honor con las declaraciones realizadas por la querellada en su programa “Barra de Mujeres” que se trasmite pro el Canal “N” con fecha 9 de octubre de 2004, donde ésta [sic] entrevistando a los ciudadanos Pedro Morales Corrales y Carlos Blancas Bustamante respecto a la sentencia impartida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la Cédula Viva realizó comentarios lesivos al honor del querellante a quien mostró como un Magistrado corrupto, haciendo alusión que en su calidad de Presidente del Tribunal Constitucional se ha beneficiado con sentencias manipuladas y arbitrarias evacuadas por dicho órgano autónomo, referidos al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, con el cual se habría beneficiado; falseando maliciosamente los hechos, a través de los cuales le ha causado perjuicio a su imagen; SEGUNDO.- Conforme a su descripción típica el delito de difamación recogido en el artículo 132 del Código Penal, requiere para su configuración un comportamiento del agente consistente en “atribuir a una persona un hecho – suceso o acontecimiento, cualidad – calidad o modo de proceder – que pueda perjudicar su honor o reputación, con la agravante de haberse realizado mediante un medio de comunicación

social”- TERCERO- De la lectura de autos se advierte que el juzgador no habría realizado una adecuada valoración de los hechos denunciados así como un adecuado análisis del tipo penal materia de proceso penal, al momento de emitir la resolución impugnada, esto es, no ha considerado el hecho que la opinión vertida por la querellada a través de su programa de televisión ha dado a la teleaudiencia la impresión que el querellante era beneficiario del régimen pensionario de la Ley 20530 y que como tal habría emitido en su calidad de Magistrado integrante del Tribunal Constitucional un fallo a favor de su pensión, cuando tal afirmación no era real con lo que se habría afectado el honor del querellante al presentarle como un Magistrado que utiliza su cargo en beneficio de sus intereses personales. CUARTO- Que asimismo no ha considerado el contenido de la sentencia objeto de comentario en el programa de televisión conducido por la querellada el mismo que obra inserto a fojas cinco, el cual versaba sobre la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 28046, que establecía una contribución de solidaridad a las pensiones de monto elevado, la misma que además fue desestimada por el Tribunal Constitucional presidido por el querellante, de cuya lectura no se advierte la estipulación de beneficio alguno a los pensionistas de este régimen de pensiones, lo que no justificaría la afirmación que en ese sentido habría realizado la querellada, coligiéndose con ello que sus comentarios realizados al respecto no habrían resultado pertinentes ni veraces; no siendo argumento idóneo para eximirle de responsabilidad considerar el hecho de que sólo [*sic*] se habría limitado a emitir opiniones en función a información que era de dominio público, aunado a ello esta información habría sido divulgada además de manera errada, al no realizar ésta [*sic*] una labor de investigación previa sino de comentario a notas periodísticas de programas informativos, toda vez que estando al alcance y magnitud que tiene sus opiniones dado el medio de comunicación masivo por el cual son difundidos, como lo es la televisión, éstas [*sic*] no pueden ser proferidas de manera irresponsable sin previa verificación de la información recibida o que sirve de sustento a sus comentarios; tanto más si nuestra Carta Magna si bien reconoce como uno de los derechos fundamentales de la persona humana la libertad de información, opinión y 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 alguno, tal derecho no puede ejercerse de manera irrestricta e irresponsable, sino en armonía con los derechos de las demás personas, como lo sería el derecho al honor y buena reputación consagrado también en

nuestra Constitución Política del Estado; siendo así, estando a la inadecuada valoración realizada por el juzgador de los hechos objeto del presente proceso penal, en atención a lo expuesto, deberá declararse la nulidad de la resolución impugnada para los fines que se emita nuevo fallo; fundamentos por los cuales: Declararon NULA la sentencia de fojas 218, su fecha 18 de mayo de 2005, que Absuelve a la querellada Ana María Cecilia Yáñez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor – Difamación, en agravio de Javier Alva Orlandini, con lo demás que contiene. DISPUSIERON Remitir los actuados a la Mesa de Partes Única de los Juzgados Penales para su distribución a otro Magistrado, para los fines que se emita un nuevo fallo acorde a ley; notificándose y los devolvieron.- Carrasco Navarro – Izaga Palomino – Chamorro García.

La querellada interpuso recurso de nulidad, que le fue concedido. Conoció del proceso, en la Corte Suprema de Justicia, la Primera Sala Penal Transitoria, presidida por el Vocal Robinson Gonzales Campos R. G. e integrada por los Vocales Vega Vega, Molina Ordóñez, Saavedra Parra y Peirano Sánchez. Dicha Sala pronunció la siguiente sentencia:

Lima, 7 de junio de 2006. VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Robinson Octavio Gonzales Campos; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO además: Primero.- Que esta Suprema Sala Penal conoce del presente proceso en mérito al recurso de nulidad interpuesto por la querellada Ana María Yáñez Málaga de Avendaño, contra la resolución de vista de fojas 286, su fecha 12 de agosto del año 2005, que declara nula la sentencia de primera instancia que absuelve a la recurrente por delito contra el honor –difamación– en agravio de Javier Alva Orlandini. Segundo.- Que la querellada en su recurso formalizado de fojas 292 alega que la Sala Penal Superior al emitir la resolución de vista ha descalificado categóricamente sus argumentos de defensa, habiendo lesionado la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues ha instruido al Juez de la causa para que desatienda los alegatos de su defensa y emita una sentencia condenatoria; existiendo por tanto contradicción, pues ha requerido al Juez z [sic] que evalúe nuevamente los descargos y, por otro lado, ha indicado que tendrá que interpretarlos, por lo que la resolución deviene en nula.- Tercero.- Que se imputa a la querellada Yáñez Málaga de Avendaño haber lesionado el honor del querellante Javier Alva Orlandini, con fecha 2 de octubre de 2004 durante la entrevista con Pedro Morales Corrales y Carlos Blancas Bustamante realizada en el programa televisivo “Barra

de Mujeres”, que se trasmite en Canal “N”, donde se declaró respecto a la sentencia impartida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la cédula viva y la actuación del querellante como Presidente del Tribunal Constitucional, que se habría beneficiado con sentencias manipuladas y arbitrarias emitidas por dicha institución, referidas al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, calificándolo de Magistrado corrupto.- Cuarto.- Que el Tribunal de Instancia al emitir la resolución de vista se ha excedido en sus atribuciones, pues al declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia que absuelve a la querellada Yánez Málaga de Avendaño argumenta en exceso la presunta deficiencia de los medios de prueba que valoró en su momento el A-quo, induciendo, de esta manera, al Juzgador a imponer condena a la querellada, con lo que ha lesionado el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia; y de conformidad con lo previsto por el inciso primero del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, declararon NULA la resolución de vista de fojas 286, su fecha 12 de agosto de 2005, MANDARON que otro Colegiado, bajo las garantías del debido proceso y sujeción de las normas procesales vigentes, emita nuevo pronunciamiento respecto del recurso de apelación materia de grado; en la causa seguida contra Ana María Yánez Málaga de Avendaño, por delito contra el honor –difamación– en agravio de Javier Alva Orlandini; y los devolvieron.- Gonzáles Campos R. G. – Vega Vega – Molina Ordóñez – Saavedra Parra – Peirano Sánchez.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema sostuvo que, al dictar la sentencia, la Sala Penal Superior se había “excedido en sus atribuciones”. Pero, a su vez, se excede en las suyas al disponer que “otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento respecto del recurso de apelación materia de grado”.

Y, por coincidencias del destino, el proceso fue devuelto a la misma Cuarta Sala Especializada en lo Penal – Reos Libres de Lima, pero con distinta conformación. No fue enviado a la Primera, ni a la Segunda, ni a la Tercera, sino a la Cuarta, integrada por los Vocales Janet Ofelia Tello Gilardi, Nancy Avila León de Tambini y Marco Antonio Lizárraga Rebaza.

Cumpliendo lo dispuesto por la Suprema Sala Penal Transitoria, la referida Cuarta Sala expidió la sentencia siguiente:

Lima, 6 de diciembre de 2006. VISTOS: interviniendo como Ponente la Señora Vocal Tello Gilardi; oído el informe oral de fojas 312; y CONSIDERANDO: Primero: Que es materia de apelación la

sentencia de fojas 218 y siguientes, su fecha 17 de mayo del año 2005, que falla absolviendo a la querellada Ana María Cecilia Yáñez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor –Difamación– en agravio de Javier Alva Orlandini; Segundo: Que, el querellante en su denuncia de fojas uno y siguientes, ratificada en su declaración preventiva de fojas ciento diecisiete imputa a la procesada Yáñez Málaga, en su condición de conductora del programa televisivo “Barra de Mujeres” transmitido por canal “N”, el hecho de haber lesionado su honor, con sus declaraciones vertidas el día nueve de octubre del año dos mil cuatro, respecto de los alcances de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la cédula viva y la ley veinte mil quinientos treinta, realizando comentarios en los que lo sitúa en un contexto de magistrado corrupto, que usa su cargo para alcanzar beneficios personales, y que en su calidad de Presidente del Tribunal constitucional, se favoreció con sentencias manipuladas y arbitrarias, afirmaciones que rechaza tajantemente por ser falsas y causar perjuicio a su persona; Tercero: Que, corre a fojas ciento treinta y nueve la declaración inestructiva de la encausada Yáñez Málaga, quien refiere que el programa que conduce es uno de comentario y que en efecto trató el tema pensionario, respecto de la ley veinte mil quinientos treinta, en relación a dos beneficiarios en particular, el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional, siendo que en lo que respecta al querellante emitió puntos de vista basados en lo vertido por el señor César Hildebrandt, en otro medio periodístico; en el mismo sentido declara que su ánimo fue el de opinar acerca de un tema de actualidad y no de insultar, agraviar ni imputar actos de corrupción al querellante, señalando además que en la siguiente edición de su programa, pidió disculpas al agraviado por el error cometido, debido a que con posterioridad a los hechos denunciados, tomó conocimiento que éste [sic] no pertenece al régimen pensionario de la precitada ley; Cuarto: Que, el delito de difamación se encuentra previsto en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal, que prescribe: “El que ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta, que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido condena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días multa.” [sic] y continua “Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad, no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa”; tipo penal que sanciona la conducta que afecta el “honor objetivo”, es decir la fama, la

valoración de terceros, concretándose el acto material del delito cuando se atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta; debiendo ésta [sic] ser idónea para perjudicar su honor o reputación; entendiéndose por atribuir, el asignar o imputar algo a alguien; siendo este accionar desarrollado con el fin de acarrearle la desestimación o reprobación del círculo social al que pertenece el ofendido; Quinto: Que, conforme a la denuncia de fojas uno y siguientes y la transcripción de visualización del video de fojas ciento cuarenta y seis a ciento cuarenta y ocho; se aprecia, que en las opiniones cuestionadas la procesada Yáñez Málaga, menciona: "...ahora bien también el presidente es beneficiario de la 20530, ahí también vamos a hablar de legitimidad" y continúa: "...el presidente del Tribunal Constitucional, ...también hay un conflicto de intereses terribles, ...el presidente del Tribunal Constitucional ese señor debería inhibirse... por que el Poder Judicial cuando uno tiene un caso y el juez es pariente, primo del demandante o del demandado, se tiene que inhibir y por que acá no se inhibe... eso es lo que le quita legitimidad ...esto es una primicia ...No se le puede reducir la pensión al señor Alva Orlandini..."; Sexto: Que, sin embargo en las referidas declaraciones no se aprecian frases injuriantes que denigren el honor y dignidad, del querellante, puesto, que ello se basó en la información difundida por otro medio de prensa, respecto que el Presidente del Tribunal Constitucional pertenecía al régimen pensionario de la ley veinte mil quinientos treinta, lo que en efecto configuraría un conflicto de intereses que podría presentarse si quien debe resolver una demanda resulta siendo parte interesada en el resultado; en el mismo sentido la querellada admite que la información obtenida de otra fuente periodística, la llevó a cometer ese error de apreciación, que luego ha rectificado conforme se aprecia en la transcripción de la visualización de video de fojas ciento cincuenta y seis y siguientes, lo que descarta el dolo en el proceder de la procesada, que al respecto; cabe invocar la jurisprudencia de casos similares resueltos por el Supremo Tribunal: "En los análisis se tiene que las imputaciones efectuadas por los querellantes contra los procesados, no se adecuan a la conducta reprimida por el artículo 132 del Código Penal, toda vez que existe ausencia del Animus Difamando, esto es conciencia y voluntad de difamar, en razón que los querellados en su condición de periodistas, ...se han limitado a efectuar publicaciones informando sobre denuncias y hechos revelados por terceras personas, que en algunos casos están referidos a formular críticas a determinadas actitudes de los querellantes, en relación a la coyuntura política y social del momento, situación que ha sido merituada adecuadamente por el Colegiado al expedir la sentencia de vista"

(Exp. N° 4264-2000 – Sala Penal– Corte Suprema de la República; Dictamen N° 1598); Sétimo: Que de lo glosado anteriormente, podemos colegir, que en el caso sub examine, las supuestas ofensas proferidas en contra del querellante, son conclusiones personales extraídas por él, sobre calificativos y conductas que no se aprecian en lo vertido por la procesada Yañez Málaga en las frases objeto de cuestionamiento; en ese sentido debemos señalar que la doctrina mas actualizada respecto al delito en análisis nos habla acerca de la llamada “Doctrina de la Real Malicia”, la que se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes la prueba de que aquellas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si lo eran o no. “Resulta evidente entonces que ésta [sic] doctrina tiene por objeto fortalecer la fiscalización y denuncia de la prensa y la labor informativa de los medios de comunicación respecto de la gestión y de la labor de las autoridades de una sociedad democrática, por ello exime de responsabilidad a informaciones que puedan resultar, a la postre, falsas, erradas o no probadas, a condición de que se haya difundido sin dolo ni mala fe, es decir creyendo en su veracidad...” (Francisco Eguiguren Praeli – “La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal” Editorial Palestra – Lima 2004 pg. 208); Octavo: Que, en consecuencia se ha descartado, que la precitada encausada haya actuado con animus difamando, es decir con el ánimo de difamar al querellante Alva Orlandini, por lo que ante la ausencia de este elemento subjetivo del tipo, no se configura el delito de difamación; concluyendo entonces, que la recurrida fue dictada de acuerdo a ley, por lo que resulta pertinente confirmarla; fundamentos por los cuales; CONFIRMARON: La sentencia de fojas doscientos dieciocho y siguientes, su fecha diecisiete de mayo del año dos mil cinco, que falla absolviendo a la querellada Ana María Cecilia Yañez Málaga de Avendaño, de los cargos formulados en su contra por el delito contra el Honor – Difamación – en agravio de Javier Alva Orlandini. Notificándose y los devolvieron. Córdova Rivera – Avila León de Tambini – Lizárraga Rebaza.

La aberrante sentencia que precede alude a un hecho físico imposible: “...oído el informe oral de fojas 312...” ¿Acaso se trata de una grabación? El trío sentenciador, además, hace eco de la tesis de la querellada: “no informo, sólo [sic] comento. Ergo, soy inimputable.” [sic] Si se atribuye al “colegiado” no tener capacidad jurídica, sólo [sic] sería un juicio de valor, sobre su desvalor. Empero, si se afirma que la sentencia

está dictada a cambio de un provecho (patrimonial o no), se estaría imputando a la triada la perpetración de un delito (sea cierto o no); y, en consecuencia, los afectados (tres, dos o uno) podrían hacer la denuncia penal correspondiente.

La querellada imputa a un Magistrado Constitucional tener “...un conflicto de intereses terribles el presidente del Tribunal Constitucional, ese señor debería inhibirse porque en el Poder Judicial cuando uno tiene un caso y el juez es pariente, primo del demandante o del demandado, se tiene que inhibir y porque acá no se inhibe eso es lo que le quita legitimidad esto es una primicia No se le puede reducir la pensión al señor Alva Orlandini..”

Si es una primicia ¿Quién la dice? ¿No es la querellada.?

La barra judicial sostiene que no hubo animus injuriando (sic). ¿Sería, por lo tanto, sólo [sic] animus fastidiando, o algo semejante?

Los sentenciadores invocan casos similares resueltos por el Supremo Tribunal y concluyen que la conducta reprimida por el artículo 132 del Código Penal no se ha producido en el caso de la querellada, pues se ha limitado a efectuar publicaciones informando sobre denuncias y hechos revelados por terceras personas. De manera que reconocen que la querellada no sólo [sic] comentaba sino, también, informaba. ¿Pero qué comentaba o qué informaba? Un hecho totalmente falso: la manipulación de sentencias en el Tribunal Constitucional para que algún Magistrado fuera ilícitamente favorecido con las pensiones derivadas del Decreto Ley N° 20530.

La “primicia” difamatoria de la querellada es absolutamente falsa: el Magistrado difamado no es pensionista, lícito ni ilícito, de ese régimen.

El ciudadano común y corriente no entiende cómo es que en el Poder Judicial se presentan flagrantes contradicciones, en diversas materias. Como parte de este fundamento de voto, se ha abordado un caso procesal nada complejo, en el que se dicta sentencia absolutoria respecto de la autora de un hecho tipificado como delito de difamación agravada, cuando, apenas cuatro meses antes, hizo público el 13 de enero de 2006 el comunicado, acordado por unanimidad, según el cual:

“El Derecho Fundamental de opinión, protegido por el art. 2 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, no es absoluto y tiene límites, entre ellos el respeto al derecho –también constitucional– al honor y buena reputación de las personas, respeto que debe ser

de la mayor exigencia y ponderación tratándose de un dignatario de alta investidura.” [sic]

Tiene, pues, el Consejo Nacional de la Magistratura la trascendente atribución de seleccionar a juristas probos para que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público constituyan el sustento del Estado social y democrático de derecho al que aspiramos los peruanos.

Sr.

**ALVA ORLANDINI**

EXP. N.º 2877-2005-PHC/TC  
LIMA  
LUIS SÁNCHEZ  
LAGOMARCINO RAMÍREZ

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Paramonga, a los 27 días del mes de enero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli.

### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez en contra de la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 89, su fecha 21 de febrero de 2005, que declara fundada la demanda de hábeas corpus de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### a. Demanda

Con fecha 22 de diciembre de 2004, el recurrente, don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez, interpone demanda de hábeas corpus contra el magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara, por expedir irregularmente la resolución de fecha 17 de diciembre de 2004, en el proceso judicial signado con el N.º 115-2003. A través de la mencionada resolución fue declarado reo contumaz y se ordenó su captura.

El actor considera que lo sucedido constituye un acto procesal irregular que amenaza sus derechos constitucionales a la libertad personal y a la tutela procesal efectiva, garantizados por los artículos 2º, inciso 24, y 139º, inciso 3, de la Constitución. Para fundamentar tal aseveración, señala que el emplazado estaba impedido de dictar sentencia por encontrarse pendiente de resolver la excepción de prescripción presentada mediante escrito

de fecha 20 de octubre de 2003, la cual se venía tramitando en cuerda separada, y, por tanto, debía resolverse con antelación al principal, conforme lo establece el artículo 5º, *in fine*, del Decreto Ley N.º 28117.

## **b. Declaración del vocal superior demandado**

Con fecha 23 de diciembre de 2004, el emplazado manifiesta en la investigación sumaria que no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados por el actor y que, además, ha actuado con conciencia e imparcialidad.

Precisa que, si bien no se ha resuelto la excepción de prescripción, esto es debido a que el Ministerio Público opinó que carece de objeto pronunciarse sobre la excepción mencionada por haber emitido acusación en el principal, aunándose a ello que el cuaderno de prescripción fue ingresado al despacho para resolver con fecha 18 de diciembre de 2004, cuando ya existía acusación fiscal, por lo que, encontrándose para resolver en ese estado procesal, la excepción debe resolverse conjuntamente con la resolución final.

Asimismo, refiere que luego de señalarse fecha para la lectura de sentencia por dos veces consecutivas, el recurrente se negó a presentarse ante el juzgado, por lo que fue declarado válidamente como reo contumaz.

## **c. Resolución de primera instancia**

Con fecha 30 de diciembre del [sic] 2004, el Decimosexto Juzgado Penal de Lima declara fundada la demanda, por considerar que se vulneraron los derechos alegados en dos sentidos; el primero respecto a la excepción de prescripción presentada por el demandante, admitida a trámite, y que no fue remitida a tiempo al fiscal, por lo cual éste [sic] no fundamentó debidamente su dictamen; y el segundo en cuanto a que el juez accionado, de manera irregular, señaló fecha de lectura de sentencia sin pronunciarse previamente sobre el mérito de la acción deducida.

Asimismo, no advierte una conducta dolosa para perjudicar al accionante, sino una interpretación equivocada de las normas procesales, de lo que se desprende que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 8º del Código Procesal Constitucional (CPCo).

## **d. Apelación**

Con fecha 5 de enero de 2005, el demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia del 30 de diciembre del [sic] 2004, en el extremo del fallo que 'omite' (sic) disponer que se remitan los actuados a la

fiscalía provincial penal de turno, tal como lo señala el artículo 8º del CPCo, en caso que exista causa probable de la comisión de un delito.

Alega que el juez debió remitir al fiscal los actuados para los fines pertinentes, ya que existen pruebas irrefutables de que el demandado cometió dolosamente los delitos de abuso de autoridad y prevaricato, previstos en los artículos 316º y 318º del Código Penal.

#### **e. Resolución de segunda instancia**

Con fecha 21 de febrero del [sic] 2005, la recurrida confirma la apelada, considerando que el juez incumplió el procedimiento preestablecido por la ley procesal para el incidente de prescripción, por lo que la declaración de reo contumaz y la orden de captura son arbitrarias y vulneran el derecho constitucional al debido proceso. Por otro lado, considera que, al no evidenciarse causa probable de la comisión de algún ilícito penal en el accionar del demandado, no se debe aplicar lo establecido en el artículo 8º del CPCo.

El vocal Vinatea Vara Cadillo, en voto discordante, señala que debe revocarse la sentencia recurrida que declara fundada la demanda de hábeas corpus.

#### **f. Agravio constitucional**

Con fecha 18 de abril de 2005, el recurrente interpone recurso de agravio constitucional (RAC) contra el extremo de la resolución judicial N.º 401, de fecha 21 de febrero de 2005, que exime de responsabilidad al juez demandado.

El recurso tiene como objeto que se aplique el artículo 8º del CPCo, ya que considera que el juez demandado violentó el principio de legalidad procesal, conducta que fue realizada con conocimiento y voluntad de causar perjuicio, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

### **III. DATOS GENERALES**

#### **• Violación constitucional invocada**

El proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez contra el magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara.

El supuesto acto lesivo fue producido por el juez demandado al expedir una resolución, en el proceso judicial signado con el N.º 115-2003, no conforme

a derecho, debido que se declara al beneficiario reo contumaz y se ordena su captura.

- **Petitorio constitucional**

El demandante considera que se han quebrantado sus derechos a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución) y al debido proceso (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución).

Alegando tales actos vulneratorios, solicita consecutivamente dos cosas distintas:

- En la demanda, reclama que se deje sin efecto la resolución cuestionada, y que cese de esta manera la violación de sus derechos constitucionales.
- En los recursos impugnatorios (apelación y RAC), pide que se sancione al juez emplazado por existir pruebas irrefutables de que los demandados cometieron dolosamente los delitos de abuso de autoridad y prevaricato al emitir la resolución que vulnera los derechos del favorecido.

- **Materias constitucionalmente relevantes**

Sobre la base de la reclamación realizada por el recurrente, este Colegiado considera pertinente desarrollar algunos aspectos que ayuden a dilucidar la naturaleza del RAC. Por ello, a lo largo de la presente sentencia se responderán las siguientes inquietudes:

- ¿Cuál es la naturaleza del RAC? Por tanto,
  - ¿Cómo se inserta en la tramitación de un proceso constitucional de libertad?
  - ¿Qué carácter asume, dada su calidad de medio impugnatorio?
- ¿Qué finalidad cumple el RAC? En consecuencia,
  - Al buscar la protección superlativa de derechos fundamentales, ¿de qué manera se configura su cualidad de extraordinario como medio impugnatorio?
  - ¿Qué se entiende por resolución denegatoria de protección constitucional, al ser ella la habilitante de su presentación?

- En este marco, ¿cómo habrá de entenderse un recurso de este tipo sustentado en la determinación de la responsabilidad del agresor?
- ¿Qué se requiere para que un RAC sea procedente? De esta forma,
  - ¿Cómo ayuda a configurar el verdadero rol asignado al Tribunal Constitucional (TC)?
  - ¿Cuál es el canon de análisis que se requiere para ingresar al fondo del asunto?

#### IV. FUNDAMENTOS

1. Antes de resolver el fondo del asunto es necesario determinar la competencia del TC en los casos de procesos constitucionales de libertad (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), toda vez que su oficiosidad sólo [sic] será posible admitirla para determinados supuestos y en específicas circunstancias.

Sólo [sic] concibiendo con claridad estos conceptos será posible establecer si el RAC interpuesto es pasible de conocimiento por este Colegiado, pues necesita estar precedido de una resolución denegatoria de protección de derechos fundamentales, hecho que, además, debe haber quedado acreditado en el transcurso del proceso.

##### A. La naturaleza del RAC

2. Para lograr tal cometido, es imprescindible, en primer término, que, captando la idea de lo que significan los procesos constitucionales de libertad, se pueda entender qué implica la existencia de medios impugnatorios, confluencia que, en un ulterior estadio, nos llevará a comprender la idea del RAC.

Sobre esta base se habrá de definir si el pedido de responsabilidad del agresor es materia de un RAC, según los parámetros que previamente se hayan establecido.

##### §1. El RAC en los procesos constitucionales de libertad

3. En un proceso de libertad debe distinguirse cómo el RAC representa una fórmula específica para demostrar la supremacía constitucional, prevista en el artículo 51º de la Norma Fundamental. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales

de libertad, especialmente en el hábeas corpus, el cual es materia de la presente demanda, es necesario que se asienten algunas premisas respecto al RAC.

La Constitución, como norma fundamental y guía primordial del ordenamiento jurídico, ordena los poderes del Estado y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En virtud del principio de supremacía constitucional, se le considera como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que posee el ordenamiento jurídico. Al ser *lex superior*, define el sistema de fuentes formales del Derecho y aparece como la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se asienta, teniendo así una pretensión de permanencia.

Basándose en tal aseveración, este Colegiado ha venido a señalar explícitamente, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0050-2004-PI/TC y otros, que nuestro sistema jurídico se encuentra sustentado en la supremacía constitucional, además del principio de su fuerza normativa. Asimismo, y de forma más categórica, se manifestó en la sentencia del Expediente N.º 0002-2005-PI/TC lo siguiente:

(...) se da contenido a la *praxis* del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular; que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional.

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 014-2002-AI/TC, también se ha expresado que:

(...) la Constitución adquiere gran importancia al ser la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una 'pretensión más fuerte de validez', y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada (...). La Constitución es un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio de poder, en particular del poder político, evitando que la concentración del poder

político se reúna en un solo detentador, previendo facultades a órganos constitucionales distintos y garantizando a través de una lista cerrada o abierta los derechos de las personas.

En el pensamiento estructuralista, dentro de la pirámide normativa, la Constitución es la norma primordial de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto. Su reconocimiento normativo ha supuesto que no tenga únicamente un carácter declarativo sino, también, una vinculación con carácter obligatorio sobre los destinatarios. Sobre ella descansa el ordenamiento jurídico; es por ello que todas las demás normas se deben someter de manera irrestricta a la Norma Fundamental, además de buscar la salvaguardia superlativa de derechos fundamentales, como bien se desea lograr a través del RAC.

Merece la pena advertir que el sistema de protección constitucional que ha sido previsto por nuestro CPCo establece, como parte de su artículo IV del Título Preliminar, que el control de la constitucionalidad está a cargo tanto del Poder Judicial como del TC, y ambos deben seguir lo que ha sido señalado por la Constitución.

4. En este sentido, la protección de ciertos derechos importa la necesidad de una tutela rápida, ya que la afectación o amenaza comprometen la vigencia de la integridad del sistema constitucional (cf. artículo III del Título Preliminar del CPCo). Por ende, en nuestro ordenamiento se ha creído conveniente que sólo [*sic*] existan dos grados que se encarguen de dictaminar si ha existido violación de derechos o no, con la salvedad –claro está– del RAC.

No es adecuado para este tipo de situaciones –a fin de suprimir las conductas agraviantes– el prolongado tiempo que normalmente duran los procesos de carácter ordinario. Es por ello que se requiere de una tutela jurisdiccional de urgencia, la cual se expresa mediante procesos más breves y eficaces. De tal forma de salvaguardia se pueden señalar dos manifestaciones: la *tutela de urgencia cautelar*, dentro de un proceso principal, y que está destinada a impedir que el transcurso del tiempo convierta en imposible la realización del mandato de la sentencia; y la *tutela de urgencia satisfactiva*, que comporta el uso de remedios procedimentales breves, bajo el supuesto de la amenaza de un derecho cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional.

Por tanto, los procesos constitucionales de la libertad, previstos por el artículo 200º de la Constitución, están referidos primordialmente a la tutela de urgencia, ya que buscan proteger, eficaz y ágilmente, los derechos que cada una de las garantías constitucionales tiene como finalidad.

5. El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el artículo II del Título Preliminar del CPCo, el cual, a la letra, dice:

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (artículo 2º del CPCo).

En el sistema constitucional, cada elemento tiene un espacio determinado, por lo que no puede salirse de ese lugar sin que el sistema corra peligro de verse desequilibrado. Por eso, es imprescindible en cada Estado social y democrático de derecho que los derechos fundamentales tengan el verdadero sitio que les corresponde, máxime si sólo [*sic*] a partir de ello se podrá validar el precepto medular recogido en el artículo 1º de la Constitución:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional, a través de su amenaza o directa lesividad, altera el ordenamiento jurídico constitucional; para que vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación a su estado anterior al de la vulneración o amenaza del orden constitucional. La reposición al correcto estado anterior puede lograrse a través del RAC. Allí radica su importancia.

## §2. El RAC como medio impugnatorio

6. Sólo [*sic*] entendiendo el verdadero carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en él se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente habremos de centrarnos en lo que se conocen como recursos, descartando para el caso concreto los remedios.

El más clásico de los recursos es aquél [*sic*] por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de

apelar la resolución emitida. Pero, más aún [sic], el constituyente consideró otro adicional para el caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: éste [sic] es el RAC.

Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el inciso 2) del artículo 202º, según el cual es una atribución del TC,

Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

Antes conocido como recurso extraordinario (artículo 41º de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley N.º 26435), el RAC, según lo previsto por el artículo 18º del CPCo, es presentado de la siguiente manera:

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Una presentación de este tipo se ve complementada por el artículo 20º del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus, y treinta para el resto).

Entonces, es pertinente que este Colegiado revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse *a priori* la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el artículo 139º, inciso 6) de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos enumera, en su artículo 8º, las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona, estableciendo, en el inciso h), el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

7. Al respecto, el TC se ha pronunciado sobre el derecho a la pluralidad de grados y el derecho al acceso a los recursos, considerándolos

como parte de la doctrina procesal de la naturaleza de los medios impugnatorios. Se ha llegado a establecer, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 604-2001-HC/TC, que:

(...) El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio. La Constitución tampoco ha establecido qué tipo de resoluciones pueden impugnarse. Y aunque el ordinal 'h' del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya establecido que la pluralidad de instancias sólo [*sic*] comprende al 'fallo' (...), considera el Tribunal que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no sólo [*sic*] comprende a las sentencias, sino también a los autos. Sin embargo, como sucede con todo derecho constitucional, el derecho de acceso a los medios impugnatorios no es un derecho cuyo ejercicio pueda considerarse absoluto, pues puede ser objeto de limitaciones, siempre que con ellas se busque preservar otros derechos, bienes o principios constitucionales, y que las mismas sean razonables.

La razón de ser de un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la equivocación humana como accidente posible en el proceso. Ello autoriza la intervención de un órgano para acordar o reconocer la eficacia de una relación o situación jurídica. Justamente, en la actuación que le corresponde al TC se debe advertir cuál es la motivación que amerita su injerencia en la búsqueda de la supremacía constitucional, siempre en el marco del carácter de los procesos constitucionales de la libertad.

8. Los recursos, por su naturaleza, pueden tener dos tipos de efectos: los que se deducen de la simple interposición del recurso, y los que se deducen de la decisión del medio impugnatorio. En esta última categoría se encuentra el RAC.

Entre los primeros efectos, encontramos que sólo [*sic*] la interposición de los recursos interrumpe la producción de la cosa juzgada, por lo que la resolución dictada y sometida a impugnación, no adquiere la calidad de firme. Para profundizar más en el tema de la cosa juzgada vale citar lo dispuesto por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1279-2003-HC/TC, en el que se estableció que:

En nuestro ordenamiento jurídico, una de las garantías de la administración de justicia consagrada constitucionalmente es la reconocida en el inciso 2) del artículo 139º de la Carta de 1993, en lo que concierne a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (...).

En consecuencia, lo que se establezca en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas. Asimismo, se debe proteger expresamente el principio de cosa juzgada, así como el correspondiente a la seguridad jurídica y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El artículo 139º de la Constitución establece, por ende, que:

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.

La protección mencionada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Lo contrario significaría desconocer la cosa juzgada material, privando de eficacia al proceso y lesionando la paz y seguridad jurídicas.

Precisamente en el proceso constitucional, según el artículo 6º del CPCo, sólo [sic] adquiere autoridad de cosa juzgada la decisión final que verse sobre el fondo de lo controvertido. Y tal como ya se ha venido señalando, sólo [sic] se podrá considerar final una decisión cuando se resuelva, inclusive, el RAC, si es que el demandante interpuso el recurso extraordinario correspondiente. De ello se desprende que no necesariamente con la resolución de segunda instancia en la vía judicial existirá cosa juzgada.

9. En el sistema judicial los recursos buscan a corto plazo una revisión de las cuestiones contenidas en una resolución, que puede ser firme o no, dependiendo de la naturaleza del recurso y la etapa procesal en que éste [sic] se encuentre, así como un examen de los trámites seguidos por el juzgador para su emisión. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y, de esta manera, lograr la eficiencia del acto jurisdiccional.

Este contenido también debe ser *traspolado* a una categoría como la del RAC, pero siempre tomando en cuenta lo que significa su

introducción a los procesos constitucionales de libertad. En este esquema, si bien es cierto que un sistema procesal en el que no se permitiese a cada parte –en el caso de los procesos constitucionales, demandante o demandado–, recurrir [*sic*] las resoluciones judiciales, y así resolver las contiendas con tremenda rapidez, sería poco menos que inconcebible o injusto, no lo es [*sic*] menos que este servicio podría comprometer drásticamente el propio contenido de las resoluciones, sacrificando la justicia de la decisión a su prontitud.

## **B. La finalidad del RAC**

10. Habiendo analizado a grandes rasgos lo que significa el RAC, corresponde, a continuación, observar de qué manera ha de lograrse o posibilitarse una verdadera tutela de derechos fundamentales, máxime si a partir de allí se logrará analizar si lo solicitado por el recurrente tiene o no sustento constitucional.

Además, cabe la posibilidad de ir definiendo, con la mayor precisión posible, en qué situaciones se podrá considerar que una resolución judicial es denegatoria y puede este Colegiado intervenir respecto a un proceso de tutela de libertad.

### **§1. El RAC como forma de protección superlativa de derechos fundamentales**

11. Al haberse postulado en la novísima legislación procesal constitucional la figura del RAC, se está reconociendo un mecanismo de control del proceso a fin de tutelar en forma sumaria los derechos invocados por los demandantes. Este recurso circunscribe sus alcances dentro de la clasificación general de recursos excepcionales, dado que no puede invocarse libremente y bajo cualquier presupuesto, sino que la ley procesal constitucional delimita en forma excluyente las materias en las que procede. Al respecto, es muy claro lo dispuesto por el ya mencionado artículo 18º del CPCo, pero siempre en el supuesto de protección de los derechos fundamentales.

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 1042-2002-AA/TC, este Tribunal ha señalado que estos derechos constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo. Se ha reconocido el concepto de garantías para referirse a instrumentos adjetivos para hacer efectivos el ejercicio de los derechos reconocidos, entre los cuales cuenta, en especial, el proceso. Se les ha considerado como las seguridades jurídico-institucionales que la propia normatividad señala para posibilitar la vigencia de los derechos y libertades reconocidos u otorgados, destacando la oponibilidad *erga omnes*.

No hay que olvidar, además, que el TC, como parte del Estado, también debe cumplir uno de los deberes primordiales asignados por la Constitución (en su artículo 44<sup>o</sup>), cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, función que es congruente con el rol específico que el artículo 201<sup>o</sup> de la propia Norma Fundamental le ha asignado, en tanto órgano de control de la misma.

De lo expuesto, se tiene que en el país el extraordinario RAC concede a este Colegiado la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad, toda vez que en ella sí se tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* o derivación judicial de la facultad de control sobre los procesos constitucionales.

12. En el proceso de tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, el TC adquiere, por medio del RAC, la facultad jurisdiccional para conocer de la pretensión del proceso por violación de derechos, pero delimitando el derecho de acción al caso en que la pretensión del recurrente haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia. De ahí la denominación de jurisdicción negativa, pues sólo [*sic*] procede ante denegatorias de la pretensión. Por ende, es conveniente ubicar al RAC en su verdadero sentido como recurso.

Los recursos son susceptibles de clasificación. Según sus efectos, la normatividad ha reconocido distintos tipos. Aparte de los recursos con efecto *no devolutivo* (la tramitación y la resolución corresponde al mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna), con *efecto diferido* (cuando hay pluralidad de imputados o delitos o cuando se dicte sobreseimiento o cualquier resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal) y con *efecto suspensivo* (el tribunal dictará una resolución que sustituirá total o parcialmente la resolución recurrida), existen también los que gozan de *efecto devolutivo*. En este último supuesto, corresponde resolver al tribunal jerárquicamente superior del que dictó la sentencia o resolución, por lo que el inferior devuelve al *ad quem* la facultad del fallo para que, en segunda instancia, se encargue del reexamen y emita decisión final; por este efecto, la causa se eleva del órgano judicial que ha conocido (*a quo*) a uno jerárquicamente superior, lo cual provoca un lógico cambio de sede que, a consecuencia de la centralizada estructura jerárquica, ampliará el territorio jurisdiccional del segundo (*ad quem*). El RAC es un tipo de esta impugnación, al igual que la apelación, la queja y la casación.

Sin embargo, a colación del caso concreto, es necesario que se realice una clasificación que atienda al grado de urgencia y excepcionalidad del proceso, así como a la naturaleza del derecho a protegerse. De esta

forma, se pueden encontrar los recursos *ordinarios*, los *extraordinarios* y los *excepcionales*, los cuales pasamos a explicar:

a.) *Los recursos ordinarios en el proceso constitucional*

Estos recursos son aquellos que no exigen causas específicas para su admisión y, además, no limitan los poderes de los tribunales *ad quem*; es decir, se protegen normalmente en el proceso y, para su interposición, no necesitan motivos determinados por ley. Entre ellos encontramos la apelación, la queja y la reposición.

Respecto a la primera, cabe mencionar que el artículo 18º del CPCo hace referencia indirecta a la misma cuando señala que el RAC procede 'contra la resolución de segundo grado'. Más claro aún [*sic*] resulta lo dispuesto por el artículo 35º respecto al hábeas corpus y el artículo 57º respecto al amparo (y por supletoriedad, al cumplimiento y al hábeas data), en los cuales se resalta la existencia de apelación en estos procesos, siempre y cuando sea realizado en el plazo previsto.

El recurso de queja también se encuentra previsto en el CPCo. Específicamente, en el artículo 19º se desarrolla la posibilidad de presentar este recurso contra la resolución denegatoria del RAC.

b.) *Los recursos extraordinarios en el proceso constitucional*

Frente a los ordinarios, los recursos extraordinarios son aquéllos [*sic*] que exigen motivos taxativos para su interposición. Limitan las facultades del tribunal *ad quem*. Proceden sólo [*sic*] terminado el trámite ordinario y contra determinadas resoluciones.

El ejemplo más claro de esto es el recurso de casación, que procede únicamente en caso de vicios procedimentales y que comportan un cierto razonamiento de margen procesal civil, en el análisis de errores de derecho material sustantivo o formal procesal. Según el artículo 384º del Código Procesal Civil, la casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

Regresando al proceso constitucional, el único recurso que reúne esta cualidad es el RAC, puesto que no procede contra cualquier resolución; vale decir, tan solo procede cuando existe una denegatoria en segunda instancia. Únicamente el demandante puede llegar al grado constitucional, nunca del demandado. Por

tal razón, no es ilógico que en el pasado se haya llamado ‘recurso extraordinario’ al RAC, toda vez que ésta [sic] es su naturaleza, aunque ahora se le ha dotado de una denominación específica, lo cual configura un importante avance normativo.

c.) *Los recursos excepcionales en el proceso constitucional*

Por último, se encuentran los recursos excepcionales; es decir, aquellos que se interponen contra resoluciones judiciales firmes y con calidad de cosa juzgada. La doctrina reconoce al recurso de revisión como uno de los pocos en esta categoría, ya que la naturaleza de este medio es la de no cuestionar la validez de las sentencias, sino examinar las circunstancias que no han sido tomadas en cuenta por el juzgador, y ver si a raíz de éstas [sic] la sentencia debe rescindirse por ser manifiestamente injusta, dando lugar, por consiguiente, a una revisión independiente al proceso, cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas.

Por su parte, en el proceso constitucional, si bien no existe un recurso excepcional propiamente dicho, por la imposibilidad de impugnar las resoluciones de este Colegiado, el CPCo ha señalado en el artículo 121<sup>o</sup> que en el plazo de dos días, a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones básicamente recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, ya sea de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Por ende, contra las resoluciones emitidas en el TC sólo [sic] caben aclaraciones o subsanaciones, pero no posibilidad de revisión alguna.

## §2. El RAC ante la resolución denegatoria judicial

13. Tomando en cuenta la atribución asignada al TC respecto al RAC, también es importante rescatar cómo ello se conjuga con la finalidad concreta que tiene este medio impugnatorio. Una impugnación significa una alerta o un instante de reflexión frente al impulso de la rapidez de quien resuelve en las primeras instancias, que nos permita recordar que ello constituye el precio que los ciudadanos deben pagar por la custodia de sus derechos y deberes.

En todos los casos siempre cabe reclamar, como medida de garantía del derecho del individuo y de respeto al derecho en sí; la vía impugnativa esté siempre abierta y regulada eficazmente, a fin de garantizar los derechos que están en juego en el proceso, tema que adquiere una

relevancia inusitada para el caso de los derechos fundamentales y su protección a través de los procesos constitucionales.

La naturaleza de los recursos –y, dentro de ellos, no puede obviarse el RAC– es impugnar una sentencia o una resolución judicial que, o bien es gravosa para una parte, o bien no se ajusta a normas procesales. Como fundamentos de los medios de impugnación se tiene que éstos [*sic*] sirven para recurrir el error de las resoluciones judiciales, si lo que se intenta en este caso es que el órgano judicial pueda reconsiderar su decisión (los defectos que se denuncian pueden consistir en vicios de la actividad procesal o un error de juicio; vale decir, una torcida interpretación de una voluntad abstracta de la ley existente), o atender, no tanto al error de las resoluciones judiciales, sino al gravamen que provoca la resolución judicial.

14. El artículo 18º del CPCo desarrolla la figura del RAC, estatuyéndolo como un recurso impugnativo que requiere de causales específicas para su interposición.

De otro lado, para los supuestos en los que se deniegue el RAC, el propio CPCo, en su artículo 19º, establece el recurso de queja, que, según ya fue explicado, es una forma de recurso ordinario. Es necesario señalar que la posibilidad de interposición de un recurso de queja frente a la denegatoria del RAC implica la predictibilidad de los supuestos de denegatoria de dicho recurso, y ello es lo que está buscando a través de la presente resolución.

No es posible, entonces, aceptar el RAC ni desarrollarlo si previamente no se determina con precisión qué se entiende por una resolución que no protege adecuadamente derechos fundamentales.

15. El constitucionalismo contemporáneo se ha caracterizado por la voluntad de atribuirle una efectiva fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en las Normas Constitucionales. La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Sólo [*sic*] configurando correctamente el RAC es que los derechos fundamentales actuarán legitimando, creando y manteniendo consenso, siempre en la búsqueda de la libertad individual y limitando el poder estatal.

El TC ha ido determinando con claridad hasta dónde puede llegar la elucidación de aspectos y materias de un RAC, por lo que es necesario examinar la línea jurisprudencial seguida hasta el momento. Este

Colegiado considera que el RAC ha servido, entre otras cosas, para lo siguiente:

a.) *Determinación de la tutela objetiva de derechos*

Un tema como éste [sic] puede observarse en la sentencia del Expediente N.º 603-2004-AA/TC, referido a un proceso constitucional iniciado por la gerente del Grifo Ferraro frente a la Municipalidad Distrital de Bellavista, y que versa sobre la comisión de un supuesto abuso realizado a través de una resolución de Alcaldía que daba por finalizado un procedimiento coactivo en contra de la reclamante. Durante el curso del proceso constitucional, la demandada señaló que carecía de objeto pronunciarse, pues ella misma había dejado sin efecto la resolución cuestionada, y había ordenado suspender tal procedimiento. Por tal razón, el juzgador de primera instancia declaró improcedente la demanda, por sustracción de la materia. Sin embargo, tras la interposición de una apelación por parte de la recurrente, sorpresivamente la municipalidad encausada consumó la ejecución coactiva, con el cierre del local, retiro, demolición y erradicación del grifo. El *ad quem* confirmó la recurrida, pero no por sustracción de la materia, sino porque estimaba que no era posible suspender un procedimiento ya concluido.

Ante ello, este Colegiado consideró pertinente utilizar, para resolver el caso, lo dispuesto en el artículo 1º del CPCo, que en su tenor señala que:

(...) Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

En tal sentido, el Tribunal consideró que la demandada, con su actuar, se encontraba evitando un pronunciamiento en contra de sus intereses, razón por lo cual declaró fundada la demanda y remitió copia de lo actuado al Ministerio Público para determinar la responsabilidad penal del agresor. Se sustentó la decisión, tal como se presenta en el fundamento 3.c de la sentencia, en que:

(...) el hecho de que la demandada haya utilizado un argumento efectista con el objeto de obtener un resultado determinado por parte de la jurisdicción, para posteriormente y de *motu proprio* variar las circunstancias y enervar su propio argumento, con el propósito de perjudicar de modo permanente a la parte demandante, representa un acto procesal absolutamente desleal, sobre todo para con la administración de Justicia Constitucional, que ha confiado preliminarmente en la buena fe y supuesta voluntad de retractación de la demandada. Es evidente, por otra parte, que de no haberse utilizado tal argumento, el resultado a nivel de primera instancia, cualquiera que hubiese sido su sentido, habría sido uno distinto a la declaratoria de sustracción de materia por cese de la afectación, debido a la necesidad en la que habría estado el juzgador constitucional de pronunciarse sobre el tema de fondo, es decir, determinar si hubo, o no, violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales reclamados (...).

Aparte de este caso, en otro (sentencia emitida en el Expediente N.º 351-96-HC/TC, S-161), se llegó a determinar que en una extradición que ya había concluido, también era pertinente dejar establecidas algunas reglas claras respecto al accionar de parte de las autoridades durante el trámite de la misma. Así, en el fallo se señaló que, si bien carecía objeto pronunciar sentencia sobre el fondo,

(...) no puede soslayarse el hecho de que concluida la etapa preliminar de extradición con el pronunciamiento del juez penal, su prosecución en otros niveles burocráticos resulta alarmantemente prolongada, máxime si un procesado o imputado goza de la universal presunción de inocencia, y siendo la libertad uno de los más preciados valores del ser humano, su limitación, pese a fundadas razones de orden legal, implica, particularmente en este caso, cuando menos, una falta de *sindéresis* funcional que obliga a este Colegiado a exhortar a los Poderes Judicial y Ejecutivo, en su caso, para que no sólo [*sic*] prioricen la atención de casos análogos con la celeridad debida, sin perjuicio de desarrollar –de no existir la infraestructura indispensable que permita custodiar a los extraditables durante su arresto o detención preventiva– un régimen apropiado a su dignidad personal, bajo la glosada presunción de inocencia; Que, igualmente, tampoco puede este Tribunal Constitucional dejar de pronunciarse sobre la precaria salud de la accionante, aspecto que, al parecer,

no ha merecido la inmediata aplicación de oficio de las previsiones contempladas por el Código de Ejecución Penal sobre el particular; presunción que, de ser cierta, hace indispensable recomendar al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) subsane las omisiones en que se habría incurrido, sin perjuicio de que los Poderes del Estado adopten las medidas legislativas y procedimentales que eviten dilatadas e innecesarias detenciones que resultan realmente clamorosas e incompatibles con la penología moderna y los derechos humanos.

Entonces, por más sustracción de la materia que exista, y por más imposible que resulte cautelar la tutela subjetiva de los derechos de una persona, igual se puede, vía el RAC, proteger la eficacia y respeto de los derechos fundamentales, situación coincidente con el fin que este recurso posee.

b.) *Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos*

Un aspecto especial de este tipo de proceso se puede encontrar en el paradigmático caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 2694-2004-AA/TC, promovida por José Silva Vallejo y dirigida contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declaren nulos y sin efecto legal los acuerdos adoptados en contra de su persona. El *a quo* resolvió declarando fundada la demanda en lo referido a que la decisión de destitución no fue adoptada por mayoría simple (cuatro votos de los seis miembros que ingresaron al pleno, sino que lo que se produjo fue un empate, dado que tres votos se pronunciaron por la no destitución y tres por la destitución) e infundada la demanda en el extremo del pago de remuneraciones dejadas de percibir. Por su parte, el juzgador de segunda instancia consideró pertinente reclamar de la demandada que realice un nuevo pronunciamiento.

Aparte del tema de las remuneraciones, y he aquí lo importante en la presente demanda, el recurrente en su RAC critica la decisión jurisdiccional respecto a que sea el propio Consejo el que deba resolver nuevamente. Es decir, pese a que se declaró fundada la demanda en ese aspecto, el reclamante consideró preciso acudir al RAC pues las consecuencias de dicho fallo no se condecían, a su entender, con la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

Ante ello, el TC consideró pertinente aceptar la reclamación realizada, pero decidió declararla infundada, bajo el argumento expuesto en el fundamento 9:

(...) este Colegiado no encuentra incongruencia entre la reposición y el mandato de que el CNM emita un nuevo pronunciamiento conforme al artículo 40 de la Ley N.º 26397 y las normas reglamentarias, por cuanto, con este mandato, la recurrida ha cumplido con la finalidad del proceso de amparo y no ha lesionado derecho constitucional alguno del recurrente. Este Tribunal Constitucional, estima que la recurrida ha efectuado una adecuada ponderación entre el derecho constitucional al debido proceso del demandante y la función disciplinaria que compete al CNM a que se refiere el artículo 154º incisos 2 y 3 de la Constitución.

De lo expuesto, y pese a que en el caso concreto no se le dio la razón al demandante, se desprende el hecho de que los efectos de una sentencia declarada fundada pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales, y como el RAC busca tutelarlos en forma superlativa, sí cabe su formulación si es presentada y argumentada de forma razonable. Entonces, si el actor alega la incongruencia entre la declaratoria de fundada y las consecuencias de la misma, tiene claramente expedito el camino de este medio impugnativo.

c.) *Decisión respecto a las excepciones deducidas*

En diversos procesos que han llegado a este Tribunal, el RAC ha sido postulado en virtud de la denegatoria por parte de la judicatura ordinaria de la procedencia de la demanda, toda vez que la demanda planteada tenía un vicio de caducidad. El caso policial ha sido el más llamativo al respecto. En sentencias de expedientes como los N.º 0079-2005-PA/TC, N.º 1623-2004-AA/TC o N.º 1098-2004-AA/TC, este Colegiado ha llegado a ingresar a analizar, en virtud de un RAC, lo referido a esta causal de procedencia. Es decir, no se llegó a centrar el estudio de la cuestión específicamente en la protección de un derecho fundamental, sino más bien se consideró pertinente resolverlo respecto a una excepción deducida.

La caducidad planteada (entendida como prescripción, según lo establecido en la sentencia del Expediente N.º 1049-2003-AA/TC, y claramente decretado para el amparo, el hábeas data y el cumplimiento en el artículo 44º del CPCo) está referida al plazo existente para interponer la demanda desde el momento en que el afectado toma conocimiento del acto lesivo. Con respecto al momento de que debe ser resuelta una excepción, el artículo 10º del CPCo ha sido muy explícito en señalar que es en la sentencia.

Ante ello, sólo [sic] cabe mencionar que este Colegiado considera que una lectura amplia y desventajosa de una excepción por parte de los juzgadores de primera y segunda instancias sí puede terminar vulnerando los derechos de las personas que acuden a los procesos constitucionales. Por ello, queda claramente habilitada la vía del RAC para solicitar la protección en este supuesto.

Ahora bien, si la sentencia de segunda instancia es declarada infundada o improcedente pero por una materia distinta a la de la excepción, y por tal motivo llega a este Colegiado, igualmente se puede declarar fundada la excepción de prescripción, porque sólo [sic] así se estará protegiendo objetivamente el orden constitucional, por más que ella no haya sido planteada por el recurrente sino más bien por el demandado. Lo contrario significaría desconocer el substrato de justicia en la labor de nuestra institución.

d.) *Posibilidad de realizarse pagos accesorios*

Sobre la base de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0065-2002-AA/TC, se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no sólo [sic] sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses.

Sin embargo, en algunos casos, como lo sucedido en la sentencia del Expediente N.º 1793-2002-AA/TC, el juzgador de segunda instancia declaró fundada la demanda en lo relativo al pago de una bonificación especial (sobre la base del Decreto de Urgencia N.º 011-99), pero improcedente respecto a los devengados solicitados. Frente a ello, el recurrente presentó un recurso extraordinario solicitando exclusivamente el reembolso de tales devengados. Ante ello, el TC, reconociendo explícitamente el carácter accesorio de tal pedido, resolvió en el fundamento 2 que:

(...) habiendo la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima expedido sentencia estimatoria amparando la pretensión principal del demandante, corresponde que se le abonen los devengados que reclama.

Es decir, declarando fundada la demanda en dicho extremo, se ha llegado a reconocer la posibilidad de ser analizadas a través de un RAC, materias que aparecen como accesorias a una pretensión principal.

Significativa es también la sentencia emitida en el Expediente N.º 2057-2003-AA/TC, en la cual el accionante solicitó exclusivamente

en la demanda el pago de reintegros e intereses devengados. Ante ello, los juzgadores de los dos grados judiciales declararon improcedente el pedido. No obstante, siguiendo la jurisprudencia ya mencionada, este Colegiado declaró fundada la demanda, y ordenó el pago correspondiente.

Como se puede observar, el pago de reintegros e intereses fueron considerados por el TC como una materia que merecía protección, a la luz de los artículos 10º y 11º de la Norma Fundamental. Esto equivale a señalar que sólo [sic] con tales pagos complementarios se podrá proteger integral y correctamente el derecho fundamental a la pensión.

Sin embargo, en la actualidad, este Colegiado ha venido a estipular en el fundamento 37.g de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, que:

Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

De ello se desprende que, en la actualidad, la protección constitucional de intereses y reintegros ya no serán materia de control constitucional concentrado, sino que serán derivados a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrán ser ya materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo eran.

e.) *Distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada*

Según el artículo 20º del CPCo, el pronunciamiento de este Colegiado sobre el recurso interpuesto tendrá dos consecuencias distintas, hecho que redundará en la viabilidad del RAC: si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio; y, si el vicio incurrido sólo [sic] alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revocará y procederá a pronunciarse por el fondo.

Con respecto a ello, debe fijarse con claridad cuál es la línea jurisprudencial que se debe seguir. El caso se refiere a la denegatoria del recurso por causa de vicio procesal por haber sido interpuesto por un abogado que no tenía la representación de los demandantes; es decir, que no fue éste [sic] el que firmó la demanda. Corresponde, entonces, unificar la jurisprudencia, léase, dejar sentado cuáles son los efectos de la declaración de denegatoria del RAC. El fallo adecuado es el que prescribe lo siguiente:

Declarar NULO el concesorio del recurso extraordinario, de *fojas xxx*, IMPROCEDENTE el recurso extraordinario, NULA la sentencia de *fojas xxx* y NULO todo lo actuado desde *fojas xxx* y que se reponga la causa al estado anterior al vicio procesal.

Esta es la solución que ha sido adoptada en las resoluciones de los Expedientes N.º 2558-2004-AC/TC, N.º 4396-2004-AA/TC, N.º 2595-2004-AC/TC, entre otras.

Sin embargo, en otros casos similares, se ha resuelto de una forma distinta. En algunos casos se declaró subsistente la sentencia recurrida pero nulo el concesorio, tal como puede observarse en las resoluciones de los Expedientes N.º 1948-2004-AC/TC, N.º 2376-2004-AC/TC, N.º 2113-2004-AC/TC, N.º 2094-2004-AC/TC, N.º 2178-2004-AC/TC, N.º 2472-2004-AC/TC y N.º 2634-2004-AC/TC. En otros casos, lo que se ordena es que, antes de declarar firmes las resoluciones judiciales, se remitan los autos a la Corte Superior correspondiente, según se puede revisar en las resoluciones de los Expedientes N.º 2027-2004-AC/TC y N.º 2475-2004-AC/TC.

16. Queda claro entonces que el RAC ha ido asumiendo algunos caracteres fijados con propiedad por este Colegiado, los cuales llegan a configurar aún [sic] mejor la naturaleza de este tipo de recurso. Sólo [sic] reconociendo sus cualidades privativas se podrá hacer una defensa apropiada de los derechos fundamentales de las personas, pues cuando una resolución de segunda instancia impide una adecuada protección, el TC deberá intervenir para determinar si puede lograr la apropiada y oportuna salvaguardia.

Esto es lo que se busca insistir con la existencia del RAC, toda vez que con los supuestos antes explicados se puede conseguir la búsqueda real de protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, es necesario determinar cómo, en este marco explicativo, se inserta la alegada determinación de la responsabilidad del agresor.

### §3. El RAC y la determinación de la responsabilidad del agresor

17. El recurrente considera viable su RAC tomando en cuenta, según lo expresa a fojas 105 del Expediente, que el juez involucrado en la demanda pretendió someterlo

(...) a procedimientos distintos a los establecidos en la ley, e incluso violentó el principio de legalidad procesal penal, conducta procesal que fuera realizada con conocimiento y voluntad de CAUSARME PERJUICIO.

De ello se desprende que el actor no se encuentra de acuerdo con la sentencia apelada, en el extremo que exime de responsabilidad al juez demandado en el hábeas corpus, magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara. Manifiesta que corresponde que este Colegiado proceda de acuerdo al artículo 8º del CPCo, referido a la responsabilidad del agresor.

18. El proceso que amerita la presentación del hábeas corpus incluye un incidente de excepción de prescripción (mostrado a fojas 29 del Expediente), de cuya tramitación se desprende claramente la vulneración de los derechos alegados, por cuanto dicha excepción fue interpuesta con fecha 20 de octubre de 2003, y admitida a trámite cuatro días [sic] después. Luego de ello el juez emplazado, con fecha 5 de febrero de 2004, dispuso que se deje en su despacho para resolver; pero no cumplió con remitir inmediatamente a la vista del fiscal el cuaderno incidental, para que se emita un dictamen previo sobre la excepción deducida, lo que no se cumplió, atentándose así contra lo dispuesto, *contrario sensu*, en el artículo 5º del Decreto Legislativo N.º 124.

Sobre esta base, el juez de primera instancia declaró fundada la demanda de hábeas corpus, señalando claramente en la parte considerativa (fojas 50 del Expediente) que:

(...) no se advierte en la conducta del magistrado accionado, una conducta dolosa de perjudicar al accionante (...), sino una interpretación equívoca de las normas procesales, que puede apreciarse desde una óptica constitucional garantista (...).

A esta misma conclusión llega el *ad quem*. Justamente, la determinación a la que llegan ambos juzgadores es la que merece la crítica de parte del recurrente a través del RAC. Pero, sobre la base de los argumentos vertidos a lo largo de la presente sentencia, es necesario determinar si es factible que a través de este recurso extraordinario se pueda solicitar la responsabilidad del agresor.

19. Según el artículo 8º del CPCo,

Quando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera (...).

Diversa jurisprudencia de este Colegiado ha hecho mención a la determinación de la responsabilidad del agresor (aparte de la norma mencionada, también se utilizaba la previsión existente en el derogado artículo 11º de la Ley N.º 23506), figura que ha versado sobre diversos temas. Entre ellos se pueden encontrar algunos referidos al hábeas corpus, como puede ser lo estipulado cuando se producía la arbitraria negativa judicial de la excarcelación de una persona, supuesto que se puede encontrar en las sentencias de los Expedientes N.º 1093-2000-HC/TC, N.º 601-2003-HC/TC o N.º 702-2000-HC/TC.

Pero, ¿qué se está buscando exactamente con la aplicación del artículo 8º del CPCo? Según la sentencia emitida en el Expediente N.º 2366-2004-AA/TC, referida a un amparo contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones, y cuya resolución final concluía en una sustracción de la materia, la responsabilidad del agresor puede ser aplicada

(...) a fin de que puedan deslindarse, en la vía correspondiente, las responsabilidades a que hubiere lugar.

Por consiguiente, es claro que este Colegiado utiliza la figura de la responsabilidad del agresor para, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159º, inciso 1) de la Constitución (función fiscal de promoción de la acción judicial), determinar si es que se logra establecer un nexo causal entre los hechos investigados en sede constitucional y la comisión de un delito. No es que el TC considere la existencia de responsabilidad penal del investigado, sino tan sólo [*sic*] estima pertinente que el accionar del demandado sea analizado a la luz de la legislación penal.

Es más, así la sentencia en el proceso constitucional no determine la utilización del artículo 8º del CPCo, el afectado con la conducta antijurídica de un demandado, tiene el camino libre para iniciar las acciones penales que considere. Asimismo, la investigación fiscal también puede ser realizada de oficio.

El análisis que se realice en sede penal es independiente del efectuado en el ámbito constitucional, aunque los hechos ya establecidos no podrán ser objeto de cuestionamiento y serán una prueba válida de la posible responsabilidad del agresor.

20. Después de una extendida explicación de lo que significa el RAC, sólo [sic] queda determinar si lo recientemente desarrollado respecto a la responsabilidad del agresor contribuye, o no, a una protección superlativa de derechos fundamentales.

Consideramos que permitir o posibilitar que cualquier persona acuda a este Colegiado para solicitar la aplicación del artículo 8º del CPCo no tiene relación alguna con lo que se busca con el RAC. Con la salvedad de los supuestos jurisprudenciales explicados *supra*, sólo [sic] es pertinente la utilización del RAC con el fin de atacar una resolución que sea propiamente denegatoria de protección de derechos fundamentales (infundada o improcedente) y, en el caso concreto, de la libertad personal.

Como ya se señaló, en el caso de autos la sentencia de segunda instancia declaró fundada la demanda interpuesta, consiguiendo con ello la salvaguardia real de los derechos del demandante.

Por eso, no es aceptable que el RAC, como bien está expresado en fojas 103 del Expediente, sea dirigido

(...) sólo [sic] contra el extremo de la Resolución Judicial N.º 401, de fecha 21-02-2005 referida a que se le exime de responsabilidad al magistrado del cuadragésimo juzgado penal de Lima (...).

En realidad, lo que se está solicitando es que un recurso extraordinario sea utilizado para otorgar una medida accesoria al pedido original que ya fue resuelto favorablemente para el accionante; más aún [sic] si lo que se pretende no tiene relación alguna con una protección superlativa de derechos fundamentales.

Asumiendo que no debe admitirse en un Estado social y democrático de derecho el abuso de derecho, según lo proscribire el artículo 103º de la Constitución, el recurso planteado no puede ser otra cosa que declarado improcedente. Es más, en próximas oportunidades, los juzgadores de segunda instancia no deberán siquiera admitir un pedido como el realizado en el presente RAC.

## C. La procedencia del RAC

21. Tomando en consideración los criterios vertidos a lo largo de la presente sentencia, es imperativo para este Colegiado ir determinando la forma en que habrá de intervenir en el futuro respecto a los RAC que lleguen hasta esta sede.

Como se ha llegado a señalar, los procesos constitucionales tienen como finalidad, tal y como lo establecen el artículo II del Título Preliminar y el artículo 1º del CPCo, proteger la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y garantizar la primacía de la Constitución. Por tal motivo, constituyen deberes de los jueces (artículos III, V y VIII del Título Preliminar del CPCo) adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, optar –en los supuestos de duda– por la protección de los derechos fundamentales y aplicar el derecho que corresponda aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

En tal orden de ideas, este Colegiado ha de adecuar su accionar a las pautas que se han ido vertiendo a lo largo de esta sentencia, con el fin de que la justicia constitucional sea más adecuada, rápida y oportuna. Cabe resaltar que la carga procesal del TC ha ido en aumento de manera desmesurada desde su creación: de los mil doscientos veintiocho RAC ingresados en 1996, se ha llegado a diez mil ochocientos dieciséis en el año 2005. Con esta cantidad de expedientes por resolver, cada vez es más complicado brindar a la población una justicia que pueda considerarse de calidad, objetivo final de nuestra institución.

### §1. El RAC y el funcionamiento del TC

22. Dentro del esquema que se ha ido presentando, este Colegiado, en tanto órgano constitucional, posee una autonomía procesal que le permite tener libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido intencionalmente regulados por el legislador y que sean necesarios para la adecuada realización de las funciones que le han sido atribuidas por la Constitución y su Ley Orgánica.

En el presente caso, corresponde ir determinando cuáles son las condiciones de procedencia de los RAC, las cuales deben verse reflejadas en cambios en el Reglamento Normativo, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P/TC. Se implementarán las disposiciones que no vulneran los principios procesales generales que se desprenden de la Constitución, del CPCo y de su ley orgánica; y se procederá a

regular la forma en que debe organizarse esta sede con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales.

23. Para cumplir tal finalidad, el TC no puede ser considerado como un ente reconocido en la Norma Fundamental, aislado y separado del resto de poderes públicos y de la configuración del Estado. La justicia que imparte el TC no sólo [sic] debe ser analizada desde un plano teórico, sino fundamentalmente exige una aproximación a la práctica de la vida real, al impacto real de sus sentencias en el ámbito social y a las expectativas de los individuos con respecto a los roles que se le ha asignado, en el marco del Estado democrático y social de derecho, como garante y supremo intérprete de la Constitución.

La actividad del órgano de justicia constitucional no es libre ni arbitraria, sino que está sometida a la Constitución, y es imputable a ella. Es una actividad que debe desenvolverse en el marco de un proceso de interpretación de la norma básica, abierto en el transcurso del tiempo, y con efectos pacificadores del ordenamiento jurídico. La libertad de actuación del juez constitucional no debe verse arbitrariamente expandida ni ser utilizada irrazonablemente como canon de interferencia en organismos constitucionales autónomos. Por lo tanto, debe quedar claro que una sentencia como la que se está emitiendo debe estar sometida a los límites razonables y proporcionales que la propia naturaleza de las cosas, previstas en la Constitución, impongan. Todo esto representa una exigencia del pluralismo y los valores democráticos, y la principal garantía del pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, y hacia ello debe dirigirse el nuevo sentido otorgado al RAC.

Para ello, la Constitución debe ser entendida, a la vez, como un documento jurídico, político, económico, cultural y social, y, en esa medida, está íntimamente ligada a la realidad misma, de donde emerge y se retroalimenta. Por tal razón, en el fundamento 9 de la sentencia del Expediente N.º 0020-2003-AI/TC, se establece que:

(...) esta integración de la realidad a la norma constitucional se logra mediante la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional en cada caso particular, y cuyo propósito es que se respete la unidad o núcleo de la Constitución vigente en el tiempo.

Siguiendo esta lógica limitativa de su actuación, este Colegiado ya ha venido señalando, como lo muestra el fundamento 1.a de la sentencia del Expediente N.º 2409-2002-AA/TC, que:

(...) a diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder; el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución (...). Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el *corpus* constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.

Ello porque, si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con el contexto socio-político, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cauce para que los hechos mutables en la historia se vayan adaptando a ella y ésta [*sic*] logre incorporarlos.

Por ende, este Colegiado considera que el RAC debe significar una forma no exactamente de restringir arbitrariamente las prerrogativas de intervenir en ciertos procesos constitucionales de la libertad, sino más bien de compatibilizar correctamente las atribuciones constitucionales y un efectivo resguardo de los derechos de la población.

24. Hasta aquí, es posible afirmar que, con la finalidad de lograr un óptimo funcionamiento del servicio de justicia constitucional, antes que efectuar una reducción de las causas que lleguen al TC, es necesario realizar su reestructuración funcional, con la finalidad de que pueda ejercer su actividad de manera más eficaz.

Para conseguir un objetivo tan ambicioso es necesario recurrir a experiencias comparadas (básicamente, estadounidenses, hispanas y germánicas), y, tomando en cuenta sus principales aportes, conjugados con las características propias de nuestro sistema constitucional de protección de derechos, presentar un modelo lo más acorde posible con las necesidades de la justicia constitucional en el país.

a) *Corte Suprema estadounidense*

En los Estados Unidos de América se ha venido a proponer la figura del '*writ of certiorary*', a través de la cual la Corte Suprema tiene la capacidad de 'escoger' las causas que llegan a su conocimiento y, lógicamente, evitar las que, a su entender, no corresponden a su magistratura. La implementación de esta figura se produjo a partir de 1925, cuando el *Judiciary Act* introdujo tal mecanismo con el fin de rechazar casos, al considerar que no existen razones especiales y de importancia para distraer su tiempo en su resolución.

Dado que las cuestiones constitucionales son altamente controvertidas, dicho tribunal sólo [*sic*] se considera en aptitud para resolverlas cuando se encuentren en el momento adecuado para ello. En este sentido, gracias a su jurisdicción discrecional, puede seleccionar los casos y 'decidir no decidir' los casos que no merecen su atención. A través de sus resoluciones, la Corte Suprema determina qué casos de relevancia van a ingresar a desarrollar y crear jurisprudencia. Eso sí, cuando no admite una petición, no arguye las razones por las cuales llega a tal decisión.

b) *Tribunal Constitucional alemán*

Por su parte, en Alemania, la decisión judicial tiene dos funciones, resolver un caso particular; protegiendo los derechos subjetivos del recurrente, y preservar el derecho constitucional objetivo, ayudando así a su interpretación y perfeccionamiento; se desarrolla así el doble carácter del proceso constitucional de libertad. Ello permite el establecimiento de las causales de procedencia de los recursos interpuestos ante el TC Federal. Es relevante precisar que gran parte de la protección de los derechos la realizan los tribunales ordinarios, pero siguiendo los precedentes emitidos por el TC.

Por tal motivo, se ha establecido que no todas las demandas de amparo sean admitidas por él. Entre las causales de inadmisibilidad mencionamos los siguientes supuestos: cuando la Sala ha decidido anteriormente casos de carácter idéntico, y cuando una cuestión es manifiestamente infundada. Dicha causal tiene como finalidad la función de realizar un filtro que impida someter al Tribunal cuestiones baladíes o absurdas, dentro del margen de lo establecido en la Constitución y en la normatividad procesal.

Asimismo, es posible que se admita solamente una parte del recurso o que se limite el alcance de la decisión que se adopte.

El TC Federal alemán tiene autonomía para su reglamentación interna, sin autorización de la Ley Fundamental ni de la ley debido a que es un órgano constitucional.

c) *Tribunal Constitucional español*

En el caso español, al margen del establecimiento de causales de improcedencia precisas, el TC cuenta con una organización funcional, la cual permite que, de las siete mil doscientos un demandas de amparo ingresadas en el año 2003, por ejemplo, solamente fueron resueltas mediante sentencia doscientas siete demandas, y fueron declaradas inadmisibles ciento veintinueve por auto de inadmisión, cinco mil cuatrocientos veintiocho vía providencia de inadmisión, quinientas catorce por otras causas, y trescientos ochenta acumuladas con los anteriores. Estas cifras se alejan sustancialmente de las que existen en nuestro país, donde muy buena parte de las demandas acaban en sentencias.

Para dedicarse a un número reducido de resoluciones que versen sobre el fondo del petitorio, el TC ibérico ha venido utilizando la siguiente estructura: un Pleno (compuesto por doce magistrados), dos salas (integradas cada una por seis magistrados) y, para el despacho ordinario y la decisión sobre la admisibilidad de los recursos, el Tribunal se divide en cuatro secciones, integradas cada una de ellas por tres magistrados. En ese sentido, el artículo 8º de la Ley Orgánica del TC español, establece que:

Para el despacho ordinario y la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, el Pleno y las Salas constituirán Secciones, compuestas por el respectivo Presidente o quien le sustituya y dos magistrados.

Asimismo, el acápite Uno del artículo 50º de la misma norma, establece la posible inadmisión del recurso en los siguientes supuestos:

La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos (...). b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional. c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional. d) Que el

Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

De esta manera, las secciones han sido creadas con la finalidad de ser órganos que se aboquen a realizar un filtro de las demandas que llegan al TC, de tal manera que solamente sean resueltos mediante sentencia aquellos casos que hayan pasado este filtro.

25. El TC peruano, ante la situación de tensión –también presente a veces en otros tribunales, inclusive como los nombrados–, entre una protección óptima de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo, requiere de una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional, de manera que ésta [sic] sea lo más efectiva posible y que cumpla, a su vez, con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Para ello, tomando en cuenta cómo está dividido actualmente nuestro TC, se propone que una de las Salas que lo integran se encargue de revisar y determinar la procedencia de los RAC interpuestos. Los magistrados del TC constituidos en Sala o Pleno revisarán los recursos respecto de los cuales exista duda, discordancia o impliquen un caso difícil, así como los casos que merezcan un pronunciamiento sobre el fondo, y aquellos recursos que fundamenten fáctica y jurídicamente la necesidad de una variación del precedente vinculante vigente. Las Salas o el Pleno resolverán, en consecuencia, solamente aquellos recursos que hayan pasado por este nuevo filtro de procedencia.

Este nuevo funcionamiento del Tribunal no implicará un gasto mayor considerable por parte del Estado ni implicará un incumplimiento del artículo 5º de la Ley Orgánica, respecto del quórum requerido para el conocimiento de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, toda vez que el auto que se emita será validado por la Sala que esté a cargo de este examen.

## §2. El RAC y los supuestos de admisión y procedencia

26. La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados en los fundamentos precedentes, pues determinando con claridad qué significa el RAC y cuándo éste [sic] puede ser presentado o postulado ante la segunda instancia judicial a fin de elevarlo ante este Colegiado, se puede conseguir mejor tutela para los justiciables y el ejercicio de sus derechos.

En esta línea, es conveniente resaltar lo presentado por el artículo 5º del CPCo, el cual establece las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Entre ellas, es relevante hacer mención de las siguientes: que los hechos y petitorio de la demanda no refieran directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que existan vías igualmente satisfactorias para su protección, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable.

Al respecto, el primero de estos acápite guarda concordancia directa con lo establecido en el artículo 38º de dicho Código que postula, aunque exclusivamente para el proceso de amparo, que no procede

(...) en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

De tal forma, consideramos que sólo [*sic*] podrá admitirse una intervención de este Colegiado si es que lo que está en juego es la búsqueda real de protección del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y hacia ello debe estar orientada nuestra actuación.

27. Las causales de admisibilidad y procedencia del RAC han sido explicadas someramente en el artículo 18º del CPCo, el cual señala que tal recurso debe ser interpuesto por el demandante; dirigido contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda; y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.

Dado que ni la Constitución ni las leyes han establecido, más allá del reconocimiento de la protección del contenido constitucionalmente protegido, excepciones o limitaciones en cuanto a la procedencia de las solicitudes de salvaguardia de los derechos, este Tribunal considera que es necesario determinar, sobre la base de los criterios que se han ido estableciendo *supra*, cuándo le corresponde intervenir. Así, a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del CPCo mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC.

28. Entonces, aparte de las prescripciones formales precisadas por el artículo 18º, este Colegiado considera importante que la Sala encargada del análisis de procedencia pueda actuar sobre la base de nuevos

cánones de análisis *ex ante* de los RAC, estableciendo si cumplen con el fin para el cual se encuentran reconocidos.

Entonces, para que este Colegiado pueda ingresar a estudiar el fondo del asunto debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella se insistirá en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- Identificación de vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.
- Revisión de las demandas manifiestamente infundadas.
- Evaluación de los casos en los que ya se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales.

Debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo, pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la procedencia. Para la viabilidad de la reorganización propuesta se requieren de algunos presupuestos que este Colegiado debe ir determinando normativa y jurisprudencialmente.

### Gráfico N° 1

#### Causales para interposición de demanda y de RAC

- |  |  |
|--|--|
| Procedencia de los procesos de libertad<br><br>(Artículo 5 del CPCo) | -> Referencia directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho |
|  | -> No existan vías igualmente satisfactorias                                 |
|  | -> No haber acudido a proceso judicial previo o exista litispendencia        |
|  | -> Agotamiento de vías previas   |
|  | -> No haya cesado amenaza o violación o se ha convertido en irreparable      |
|  | -> No se refiera a resoluciones del JNE, CNM o a conflicto de competencias   |
|  | -> Dentro del plazo establecido  |

Admisibilidad y	-> Interposición por el demandante
Procedencia del RAC	-> Dirigido contra la resolución de segundo grado infundada o improcedente
(artículo 18 del CPCo)	-> Plazo de 10 días
	-> Estrecha relación con contenido constitucionalmente protegido del derecho
Procedencia del RAC	-> No sea manifiestamente infundado
	-> Causal negativa de tutela previa según el TC

**Elaboración:** Tribunal Constitucional

29. Asimismo, debe perseverarse en el sentido del primero de los criterios explicados en el párrafo anterior. En el fundamento 10 de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, se ha determinado que un derecho tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución reconoce, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección, motivo por lo cual, en un marco garantista, existe una escala de tutela que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

El sustento constitucional directo de un derecho no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal, sino que alude a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*) en la que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos y las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran y que conforman el bloque de constitucionalidad (artículo 79º del CPCo).

A colación de ello este Colegiado debe analizar, para determinar si interviene en un caso concreto, si lo que está siendo demandado por el recurrente es o no parte del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho, tal como no ocurrió en el caso de autos. Para ello, habrá de utilizar una concepción de contenido esencial como el desarrollado en la sentencia de los Expedientes N.º 0050-2004-PI/TC y otros. Además, la referida sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, en el fundamento 21, expresa que:

(...) todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo [*sic*] resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Ésta [sic] debe ser la base para que el TC pueda aceptar un RAC. Sólo [sic] cuando se alegue que el derecho involucrado está siendo vulnerado en el contenido esencial de su ámbito constitucionalmente protegido, se podrá llegar a analizar el fondo de lo pedido. Ante ello, es necesario tener en cuenta lo que establece el CPCo respecto a la procedencia del recurso.

30. Es provechoso enfatizar que ya el Tribunal ha estado en la búsqueda de autorrestringirse en el ejercicio de su función jurisdiccional, a efectos de brindar mayor predictibilidad en sus resoluciones y procurar a la población una justicia constitucional de una mejor calidad.

Por ello consideramos pertinente recordar que, en algunas áreas, este Colegiado ha ido señalando cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, estableciendo con claridad algunos espacios que no merecen salvaguardia en sede constitucional, aunque en estos casos su utilización comenzara desde la sentencia. Así, se pueden reconocer sentencias como las siguientes, que van en esa línea:

- Expediente N.º 3760-2005/PA/TC, publicado el 18 de febrero de 2005, respecto a la inhabilitación política.
- Expediente N.º 2496-2005-PHC/TC, publicado el 3 de junio de 2005, respecto a la detención preventiva.
- Expediente N.º 2303-2005-PHC/TC, publicado el 30 de junio de 2005, respecto al agotamiento de la vía previa en materia tributaria.
- Expediente N.º 1417-2005-PA/TC, publicado el 12 de julio de 2005, respecto a las materias del derecho a la pensión que pueden ser tuteladas en un proceso de amparo.
- Expediente N.º 0168-2005-PC/TC, publicado el 10 de octubre de 2005, respecto al ámbito del derecho a la pensión que puede ser tutelado en un proceso de cumplimiento.
- Expediente N.º 2876-2005-PHC/TC, publicado el 26 de octubre de 2005, respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de tránsito que puede ser tutelada en un proceso de hábeas corpus.
- Expediente N.º 2802-2005-PA/TC, publicado el 13 de diciembre de 2005, respecto a la procedencia de protección del derecho a la libertad de empresa en un proceso de amparo.

- Expediente N.º 0206-2005-PA/TC, publicado el 14 de diciembre de 2005, respecto a las materias del derecho al trabajo que pueden ser tuteladas en un proceso de amparo, tanto en el régimen privado como en el público.
- Expediente N.º 3361-2004-PA/TC, publicado el 16 de diciembre de 2005, respecto a la evaluación y ratificación de magistrados.
- Expediente N.º 4677-2004-PA/TC, publicado el 25 de diciembre de 2005, respecto al ámbito de protección del derecho a la reunión.

Con estas sentencias, este Colegiado demuestra su vocación de ir circunscribiendo correctamente su espacio de actuación y, de esta forma, determinar la validez del RAC.

31. En conclusión, el RAC, en tanto recurso impugnativo dentro de un peculiar proceso, como es el constitucional, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita que el TC intervenga convenientemente.

Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.

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

### HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de agravio constitucional planteado. Asimismo, establecer como **precedente vinculante normativo** de observancia obligatoria lo dispuesto en los fundamentos 15, 22, 24, 25, 28 y 31.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**LANDA ARROYO**

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto, con el debido respeto por la opinión vertida por el Colegiado, por los siguientes fundamentos:

1. Llega a conocimiento de este Supremo Tribunal el recurso de agravio constitucional interpuesto por Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez contra la sentencia emitida en segunda instancia por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que, confirmando la apelada, declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta contra el juez del cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara. Se cuestiona la sentencia sólo [*sic*] en el extremo que exonera de responsabilidad al demandado, afirmando que está acreditado en autos el dolo con el que actuó, por lo que solicita se le sancione conforme al artículo 8º del Código Procesal Constitucional.
2. Significa esto que el Tribunal Constitucional ha quedado limitado en su intervención sólo [*sic*] al extremo cuestionado en el recurso de agravio constitucional, estando impedido de ingresar a revisar de oficio y menos resolver lo que en segunda instancia ha sido favorable al actor desde que, no pudiendo ser cuestionado por una evidente falta de interés para obrar, constituye cosa juzgada. Siendo así cuando en el fallo de la sentencia se declara como improcedente a la demanda, se está revocando la sentencia que no fue cuestionada, vulnerándose un derecho fundamental del actor que este Supremo Tribunal está llamado a cautelar, motivos por los que no comparto el fallo de la sentencia.
3. En cuanto al extremo referido a la responsabilidad del demandado y, como consecuencia de ello, la sanción exigida contra él, único agravio expuesto por el recurrente en su recurso, debe precisarse que el artículo 8º del Código Procesal Constitucional reserva esta facultad al Juez Constitucional para ejercerla sólo [*sic*] “[...] cuando exista causa probable de la comisión de un delito”. En consecuencia, es el juez quien realiza la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente a efectos de determinar si de los actuados se evidencia la posible comisión de un delito.

4. En el caso de autos, tanto el *a quo* como el *ad quem* han fundamentado el porqué consideran que no hay indicios de responsabilidad contra el juez emplazado, toda vez que, como queda expuesto en el Considerando Octavo de la sentencia de primera instancia y el Considerando Cuarto de la sentencia de segunda instancia (fojas 50 y 91), la vulneración al debido proceso se debió “(...) a un criterio de interpretación erróneo de las normas procesales y administrativas de carácter penal”.
5. Pretender que dentro del proceso constitucional de amparo se discuta la responsabilidad o no de la comisión de un delito por parte del juez de la causa, respecto a su actuación procesal, no es posible desde que para dichos efectos es necesaria una etapa probatoria de la que carece el proceso excepcional de amparo, y dentro de la cual pueda analizarse *in extenso* las razones que tuvo el señalado juez para emitir las resoluciones que se cuestionan, en cuanto a la valoración hecha por éste [*sic*]. Si el recurrente tiene cómo acreditar que hubo delito con medios de prueba que hoy no obran en el expediente, puede acudir a la vía ordinaria a efectos de satisfacer su pretensión, ya que la sanción al demandado dentro de un proceso de amparo es una facultad del juez constitucional que sólo [*sic*] es posible ejercer cuando existan evidencias, las mismas que no se aprecian de los actuados.

Por estos fundamentos, considero que la sentencia debe limitarse a declarar **INFUNDADO** el recurso de agravio constitucional, en atención a que el punto exclusivo que hace viable la intervención de este Tribunal está referido exclusivamente a la sanción que pide el demandante contra el juez y no los otros aspectos de la sentencia que le fueron favorables.

S.

**VERGARA GOTELLI**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLENO JURISDICCIONAL  
0030-2005-PI/TC

**SENTENCIA**  
**DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**  
Del 2 de febrero de 2006

Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes) c. Congreso de la República (demandado).

**Asunto:**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617 –Ley que establece la Barrera Electoral–.

Magistrados firmantes:

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 0030-2005-PI/TC  
LIMA  
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO  
LEGAL DE MIEMBROS DEL  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20º y 87º de la Ley N.º 26859 –Ley Orgánica de Elecciones–, y el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 –Ley de Partidos Políticos–.

### II. DATOS GENERALES

#### **Tipo de proceso:**

Proceso de inconstitucionalidad.

#### **Demandantes:**

35 Congresistas de la República.

#### **Norma sometida a control:**

Ley N.º 28617.

#### **Bienes constitucionales cuya afectación se alega:**

El derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación (artículo 2º, inciso 17); el derecho de los ciudadanos de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (artículo 31º); de ejercer sus derechos individualmente, o a través de organizaciones políticas, y que tales organizaciones concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular (artículo 35º); haber excedido de los requisitos previstos constitucionalmente para ser congresista (artículos 90º y 91º); el principio de que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones

traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176º); el derecho a que el escrutinio de los votos se realice en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio (artículo 85º); el sistema de representación proporcional de las elecciones pluripersonales (artículo 187º).

### **Petitorio:**

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos. Asimismo, que, por conexión o consecuencia, se extienda la declaración de inconstitucionalidad a las demás normas legales que se relacionen con la norma impugnada y se dicten después de interpuesta la demanda.

### **III. NORMA CUESTIONADA**

La norma impugnada es la Ley N.º 28617, que dispone:

**Artículo 1º.-** Modifícanse los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones, los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

**Artículo 20º.-** Las Elecciones para Congresistas se realizan conjuntamente con las elecciones para Presidente y Vicepresidentes de la República.

Para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos en el ámbito nacional.

**Artículo 87º.-** Los partidos políticos y las alianzas que para el efecto se constituyan pueden presentar fórmulas de candidatos a Presidente y Vicepresidentes, y listas de candidatos a congresistas en caso de Elecciones Generales, siempre que estén inscritos o tengan inscripción vigente en el Jurado Nacional de Elecciones. Se considera vigente la inscripción de los partidos políticos y alianzas de partidos que hayan obtenido representación parlamentaria en el último proceso de Elecciones Generales.

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

**Artículo 2º.-** Modificase el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos, que quedará redactado como sigue:

**Artículo 13.-** El Registro de Organizaciones Políticas, de oficio o a pedido de los personeros legales, cancela la inscripción de un partido en los siguientes casos:

- a) Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.
- (...).

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA.-** Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20 de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo 13 de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **1. Demanda**

Con fecha 10 de noviembre de 2005, 35 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28617, cuyo artículo 1º modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), y cuyo artículo 2º modifica el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos (en adelante, LPP).

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos

- a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31<sup>º</sup> de la Constitución), pues establece condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90<sup>º</sup> (que establece que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91<sup>º</sup> (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).
- b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.
- c) La “barrera electoral” vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31<sup>º</sup> de la Constitución), pues aún [*sic*] cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos.
- d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso.
- e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30<sup>º</sup> (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33<sup>º</sup> (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía).
- f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176<sup>º</sup> de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.
- g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.

- h) La modificación del artículo 87º de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

## 2. Contestación de la demanda

Con fecha 11 de enero de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- a) La Ley dificulta a los partidos pequeños el acceso a las curules, fomenta las alianzas y coaliciones partidarias, y disuade la proliferación de pequeños partidos. Evita la dispersión electoral que debilita la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional. Favorece el sistema de partidos políticos.
- b) No existe afectación del artículo 176º de la Constitución, pues lo que los demandantes entienden como “la expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía reflejada en las urnas”, de ninguna manera puede entenderse como la adopción de una determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños. Corresponde al legislador, a través de las normas electorales, elegir o modificar los mecanismos, técnicas y métodos para convertir los votos en escaños, sin más límites que los que el marco constitucional ha dispuesto.
- c) No es cierto que la Ley priorice el interés de un partido político al interés del pueblo, porque lo que prioriza es la gobernabilidad y el desempeño adecuado del órgano parlamentario, representante de la voluntad popular.
- d) No solamente la Constitución establece los requisitos o condiciones para ser elegido congresista, sino que también lo hace, por encargo de ella misma (artículos 2º, inciso 17, [sic] y 31º), la LOE.
- e) Le corresponde a la ley y no a la Constitución –según establecen los artículos 2º, inciso 17; 31º; 176º, [sic] y 187º– definir la forma de convertir los votos en escaños. De manera tal que estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad, razón por la cual resulta errónea la afirmación de que la Ley incoada vulnera el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

- f) En el hipotético y negado caso de que nos halláramos ante una excesiva intervención del Estado con respecto al derecho fundamental al sufragio, la norma no vulnera el principio de proporcionalidad, pues tiene un fin constitucional (reforzar el Estado democrático) y es una medida idónea para alcanzarlo. A lo que se agrega que el legislador debe disponer de libertad de apreciación de la realidad, a efectos de definir qué medida es necesaria en aras de alcanzar un determinado fin constitucional.
- g) Un gobierno democrático no se caracteriza únicamente por dotar de facultades efectivas a sus ciudadanos para ejercitar sus derechos fundamentales, como el de sufragio, sino que además debe contar con instituciones jurídicas que permitan hacer efectiva la democracia.
- h) El carácter personal del voto (artículo 31º de la Constitución), no es vulnerado por la “barrera electoral”, pues dicha cualidad implica que éste [*sic*] sea ejercido por el ciudadano mismo sin representante alguno.
- i) No es cierto afirmar que los 120 parlamentarios electos son aquellos 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos, pues nuestro sistema electoral emplea el mecanismo de la cifra repartidora que, inevitablemente, lleva a que algunos miembros de un partido no lleguen al Parlamento pese a haber obtenido más votos preferenciales que los de otro partido.
- j) La Ley impugnada no niega el derecho de participación política de los ciudadanos, ni desconoce la importancia de los partidos políticos, sino que, por el contrario, reconociendo su gravitante finalidad (ser intermediarios entre la población y el Estado), les asigna un tratamiento complementario. Resulta de esencial importancia la consolidación de un sistema de partidos en el país, y para ello es necesario tomar medidas que atenúen la fragmentación y la polarización del mismo.
- k) Los partidos políticos deben tener presencia y organización nacional, motivo por el cual se les exige un mínimo de representación parlamentaria o votación a nivel nacional. Uno de los objetivos de la Ley cuestionada es, precisamente, no mantener vigente la inscripción de organizaciones políticas que no sean representativas y que no puedan cumplir con aquella labor esencial de ser canalizadoras de la voluntad popular. Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho privado, pero con una función pública. La existencia de numerosos grupos de representación pequeños imposibilita la consecución de los intereses e ideales de la Nación y de los ciudadanos que la conforman.

## V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

1. Determinar el rol del principio democrático en el Estado social y democrático de derecho. Para tales efectos, deberán abordarse las siguientes materias:
  - 1.1 La democracia representativa.
  - 1.2 El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho.
  - 1.3 El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho.
2. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
  - 2.2\* El derecho fundamental a ser elegido representante y la unidad de la Constitución.
  - 2.3 El derecho a ser elegido representante como derecho de configuración legal.
3. Determinar si la ley afecta el sistema de representación proporcional. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
  - 3.1 Principio de representación por mayoría.
  - 3.2 Principio de representación proporcional.
  - 3.3 Finalidad de la “barrera electoral”.
4. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes.
5. Determinar si la ley vulnera la función constitucionalmente encomendada a los partidos políticos.

---

\* En la presente sentencia del Tribunal Constitucional, se lee: “2.2” y “2.3”; debiendo decir: “2.1” y “2.2”.

## IV.\* **FUNDAMENTOS**

### §1. **Delimitación del petitorio**

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617 –Ley que establece la Barrera Electoral–, por afectar los artículos 2º, inciso 17; 30º, 31º, 33º, 35º, 90º, 91º, 176º, 185º y 187º de la Constitución.

Dicha Ley consta de dos artículos y una disposición transitoria. Los demandantes no han especificado qué cláusulas son las inconstitucionales. Sin embargo, del tenor de la demanda es posible advertir que, en concreto, consideran inconstitucional su artículo 1º en el extremo que, modificando el artículo 20º de la Ley N.º 26859 –Ley Orgánica de Elecciones (LOE)–, establece que:

Para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado, al menos, seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

Asimismo, consideran inconstitucional ese mismo artículo 1º, en el extremo que, modificando el artículo 87º de la LOE, establece que:

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

Por otra parte, consideran inconstitucional su artículo 2º, en el extremo que, modificando el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 –Ley de Partidos Políticos (LPP)–, dispone que:

Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

\* En la presente sentencia del Tribunal Constitucional, se lee: “IV”; debiendo decir: “VI”.

2. La Disposición Transitoria Única de la cuestionada Ley, dispone que:

Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20º de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente, para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria, se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Si bien los demandantes no han realizado referencia alguna a esta disposición, es evidente que, en tanto ella se limita a reducir mínimamente –para las elecciones parlamentarias del año 2006– el margen de la “barrera electoral”, establecida en las normas que son objeto de impugnación, también se encuentra siendo cuestionada.

Sin embargo, es precisamente esta esencial vinculación entre la Disposición Única Transitoria y los artículos incoados, la que exige precisar que en el juicio de constitucionalidad que se realizará sobre éstos [*sic*], implícitamente, se estará enjuiciando también la constitucionalidad de aquélla [*sic*].

## §2. Constitución y democracia

3. Los demandantes acusan que la Ley impugnada afecta el artículo 31º de la Constitución, que reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos de ser elegidos y elegir libremente a sus representantes. Asimismo, consideran vulnerados otros bienes constitucionales de singular relevancia para el funcionamiento, estabilidad y pervivencia de la democracia. Por su parte, el Procurador del Congreso de la República ha sustentado la validez constitucional de la “barrera electoral” afirmando, entre otras cosas, que ella favorece la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional.

De ahí que exista la necesidad, ante todo, de establecer el rol y las manifestaciones del principio democrático representativo en nuestro Estado social y democrático de derecho, así como las relaciones de dicho principio con la gobernabilidad.

## 2.1 La democracia representativa

4. Desde que se comprendió que el fundamento y la legitimidad de las competencias y los poderes del Estado residen en la voluntad general del pueblo, se suscitaron inconvenientes de significativa relevancia al momento de sustentar y configurar el modo en el que debía manifestarse y articularse el principio democrático al interior del Estado.

Fue el propio Rousseau quien, en su *Contrato Social*, sostuvo –bajo la premisa de que la soberanía del pueblo no podía ser representada (convencido de que ello devendría en su pérdida y la consecuente sumisión popular a la voluntad de los representantes)– que, dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que dada la complejidad del Estado moderno, es imposible que éste [*sic*] pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios elegidos para tal efecto, es simple ficción.

Sin embargo, es la teoría de la representación (ordinaria y extraordinaria) de Sieyés, expuesta en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, la que concede posibilidad de materialización práctica al principio democrático, bajo la figura de un concepto ideal de Nación, del sufragio (restringido) y de unos representantes que no son la traducción específica de la voluntad de los representados, sino que expresan la voluntad política ideal de la Nación.

5. Descartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45º de la Constitución, en cuanto señala que:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...).

Consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional.

6. La democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43º (nuestro gobierno “es representativo”), el 93º (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110º y 111º (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191º y 194º (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.
7. Por su parte “como señala Pedro de Vega”, si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y ésta [sic] no es posible bajo la forma de mandato imperativo alguno, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema<sup>113</sup>. Y por ello, si bien el artículo 93º de la Constitución dispone que los congresistas representan a la Nación, a renglón seguido prevé que:

no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

De esta manera, son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*).

8. Sin perjuicio de ello, nuestra Constitución ha consagrado también determinados mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31º de la Constitución), que –como se sustentará luego, y aunque resulte paradójico– son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa.
9. La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se

113 DE VEGA, Pedro. “Democracia, representación y partidos políticos”. En: *Pensamiento Constitucional*. N.º 2, 1995, p. 17.

fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44º de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él [sic], el del propio Estado social y democrático de derecho. Tales peligros son descritos a continuación.

10. Dejada de lado la idea de que en la sociedad reside una única verdad homogénea susceptible de ser descubierta por la razón, se comprende que, por el contrario, a la sociedad es inherente una fragmentación de distintas dimensiones, desencadenante, a su vez, de un pluralismo materializado en distintos ámbitos. De esta forma, a diferencia de lo que pudo haber concebido el primer liberalismo, puede afirmarse que a las sociedades contemporáneas no es inherente la uniformidad, sino, por el contrario, el pluralismo.

Aunque utilizando como ejemplo a la sociedad italiana, Norberto Bobbio explica en estos términos la realidad internamente heterogénea de las sociedades contemporáneas, singularmente descriptiva, por cierto, de la realidad social peruana:

[s]e trata de una sociedad articulada en grupos diferentes y contrapuestos, entre los cuales anidan tensiones profundas, se desencadenan conflictos lacerantes y se desarrolla un proceso constante de composición y descomposición. Existe el pluralismo en el nivel económico allí donde todavía hay en parte una economía de mercado, muchas empresas en competencia, un sector público diferente del sector privado, etc.; pluralismo político, porque hay muchos partidos o muchos movimientos políticos que lucha [sic] entre ellos, con votos o con oros [sic] medios, por el poder en la sociedad y en el Estado; pluralismo ideológico, desde el momento en que no existe una sola doctrina de Estado, sino diferentes corrientes de pensamiento, diversas versiones del mundo, diferentes programas políticos que tienen una libre actividad y que dan vida a la opinión pública heterogénea variada y polifacética<sup>114</sup>.

11. Bien puede decirse que hemos ingresado –hace tiempo ya– a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

114 BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 68 y 69.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador; en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad –no la verdad– hace la ley).

12. Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que “concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular”, tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución. Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadio de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a efectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias.
13. Los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior [sic] Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.
14. De esta manera, siendo el pluralismo y la democracia dos valores inherentes y consustanciales del Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que sean debidamente articulados, pues de ello depende la gobernabilidad en el sistema representativo. Por ello, con razón manifiesta se ha afirmado que:

La fragmentación [llevada al Parlamento] produce competencia entre los poderes y termina por crear un conflicto entre los mismos sujetos que deberían resolver los conflictos, una especie

de conflicto a la segunda potencia. Mientras el conflicto social dentro de ciertos límites es fisiológico, el conflicto entre poderes es patológico, y termina también por hacer patológica, exasperándola, la conflictualidad social normal<sup>115</sup>.

15. El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste [sic] pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo [sic] así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho.

La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático”<sup>116</sup>, en la medida que:

[e]l poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo [sic] presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo [sic] estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna<sup>117</sup>.

115 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 106.

116 STC 0042-2004-AI, Fundamento 3.

117 KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1977. p. 141.

16. Sin duda, la democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista posibilidad de generar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación “de todos”, se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación “para todos”.

De ahí la importancia de que los partidos y movimientos políticos concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular; tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución, y no sean simples asociaciones representativas de intereses particulares.

17. En ese sentido, se puede decir que el gobierno representativo está inspirado por cuatro principios<sup>118</sup>, a saber: la elección de representantes a intervalos regulares, la independencia parcial de los representantes, la libertad de la opinión pública y la toma de decisiones tras el proceso de discusión.
18. Así pues, al evaluarse la constitucionalidad de la “barrera electoral”, deberá tenerse en cuenta, por un lado, que la gobernabilidad exige la participación política plural, pero también que una representación atomizada elimina la posibilidad de gobernar o, cuando menos, la posibilidad de hacerlo eficientemente.

## 2.2 *El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho*

19. El artículo 43º establece que la República del Perú “es democrática”. La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la *juridificación* de la democracia<sup>119</sup>. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus social* en el que subyace la igualdad.

118 MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial. p. 242.

119 ARAGÓN Reyes, Manuel. “Estado y democracia”. En: AA. VV. *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 31-45.

20. Lo expuesto, desde luego, no significa que en el Estado social y democrático de derecho exista algún soberano. Por el contrario, como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado,

[u]na vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo<sup>120</sup>.

Ocurre, sin embargo, que siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta [sic] otorga a aquella [sic] su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo [sic] es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. Ello ha llevado a Rubio Llorente a sostener, con atino que:

[n]o hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional<sup>121</sup>.

De este modo, la voluntad política que da origen al Estado social y democrático de derecho se proyecta en éste [sic], no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales de cada persona. El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional.

Tales límites, por vía directa o indirecta, se reconducen a asegurar el respeto, promoción y plena vigencia de los derechos fundamentales.

Por ello el artículo 44<sup>o</sup> establece como uno de los deberes primordiales del Estado:

120 STC 5854-2005-PA, Fundamento 3.

121 "La Constitución como fuente de derecho". En: *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

[g]arantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Y por esa misma razón se ha sostenido que:

[e]n realidad, (...) no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir; sino uno, puesto que sólo [sic] de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo [sic] una forma de asegurarla<sup>122</sup>.

21. Que los derechos fundamentales son la materialización del principio democrático en su faz fundacional al interior del Estado social y democrático de derecho, queda evidenciado cuando, sin perjuicio del reconocimiento expreso de una amplia gama de derechos fundamentales, el artículo 3º de la Constitución, además de la dignidad humana, reconoce a la soberanía popular y al Estado democrático como sus fuentes legitimadoras.

### **2.3 El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho**

22. Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal<sup>123</sup>, el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo [sic] al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

122 ARAGÓN Reyes, Manuel. “La Constitución como paradigma”. En: AA.VV. *El significado actual de la Constitución*. México D.F: UNAM, 1998. p. 21.

123 *Vid.* STC 4677-2004-PA, Fundamento 12.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta [sic]. Entre éstos [sic] se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35º de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es –como quedó dicho– el rasgo prevalente en nuestra Constitución.

- §3. **La Constitución como unidad y el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes como derecho de configuración legal**
24. El argumento sobre el que gira toda la argumentación de los recurrentes reside en una supuesta afectación de los derechos fundamentales de los

ciudadanos a elegir y ser elegidos representantes (artículo 31º), en este caso, al Congreso de la República.

Se trata de dos derechos en correspondencia recíproca. Empero, en atención a que el artículo 1º de la Ley impugnada, en el extremo que modifica el artículo 20º de la LOE, se refiere directamente a la necesidad de superar una determinada “valla” a efectos de poder acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso, este Tribunal considera pertinente, en primer lugar, centrar su análisis en la eventual vulneración de derecho fundamental a ser elegido.

25. Luego de precisar lo señalado por los artículos 90º<sup>124</sup> y 91º<sup>125</sup> de la Constitución, los recurrentes fundamentan así la supuesta afectación del derecho fundamental a ser elegido representante:

[e]xiste una manifiesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el texto legal, en tanto la Constitución ha establecido los parámetros dentro de los cuales cualquier ciudadano puede ocupar el cargo de Congresista (...). El hecho de condicionar el acceso al cargo de Congresista, a un mínimo de representantes de un partido político (...) vulnera directamente los artículos constitucionales reseñados, ya que la Constitución, en ningún ámbito, señala que es impedimento para ocupar un escaño congresal la participación porcentual de un partido político en el resultado de las elecciones. (...). Así las cosas, el condicionamiento apuntado excede categóricamente los límites que ha establecido la Constitución para ser elegido Congresista, porque vulnera directamente el derecho de todo ciudadano a ser elegido representante y a la vez, establece requisitos que sobrepasan los límites establecidos en la Constitución para alcanzar un escaño del Congreso. (...).

- 
- 124 “Artículo 90º de la Constitución.- (...) Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio”.
- 125 “Artículo 91º de la Constitución.- No pueden ser elegidos miembros del Parlamento Nacional si no han renunciado al cargo seis (6) meses antes de la elección:
1. Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General.
  2. Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo.
  3. El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria.
  4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, y
  5. Los demás casos que la Constitución prevé”.

26. En estas afirmaciones subyace una equívoca comprensión, de un lado, de los criterios de interpretación constitucional y, de otro, de la relación entre Constitución y ley.

En efecto, en primer término, los demandantes pretenden determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser elegido congresista a partir de un análisis positivista y aislado de los artículos 90º y 91º de la Constitución, en los que se establecen determinadas condiciones para acceder al cargo. Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal, la Constitución del Estado no puede ser concebida como una suma desarticulada y atomizada de disposiciones, sino como una unidad. En palabras de este Tribunal,

[...] 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<sup>126</sup>.

Por otra parte, los demandantes conciben implícitamente a la Constitución como una norma reglamentaria y, consecuentemente, acabada en su contenido dispositivo. En efecto, parecen entender la Carta Fundamental sólo [*sic*] desde una óptica positivista, de modo tal que las relaciones entre la Constitución y las leyes queden reducidas a un juicio de validez e invalidez, bajo el umbral exclusivo del principio de jerarquía, sin tener en cuenta que, en una multiplicidad de casos, la ley es complemento necesario de las cláusulas constitucionales. Así sucede de modo evidente, por ejemplo, en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal.

En dicha línea de razonamiento, cuando el Tribunal Constitucional ha debido precisar el concepto de “sustento constitucional directo”, que, de conformidad con el artículo 38º del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debe caracterizar a los derechos que merecen protección a través del proceso constitucional de amparo, ha sostenido lo siguiente:

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los

126 STC 5854-2005-PA, Fundamento 12.

derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “[sic] bloque de constitucionalidad.

De ahí que el artículo 79º del CPConst., establezca que:

“[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente<sup>127</sup>.

27. Las erróneas premisas en la argumentación de los demandantes les han llevado a olvidar dos cuestiones que resultan cruciales a efectos de determinar la constitucionalidad o no de la ley impugnada:
- a) Las condiciones previstas en la propia Constitución para ocupar un escaño en el Congreso no se agotan en aquellas previstas en los artículos 90º y 93º. En efecto, considerando que la elección al Congreso es pluripersonal –además de una de las manifestaciones vitales como se institucionaliza la democracia representativa–, el acceso al cargo se encuentra condicionado, también, por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187º de la Constitución, y por la necesaria pertenencia a un partido o movimiento político para poder participar en la contienda electoral (artículo 35º), pues –tal como se mencionó– sólo [sic] por vía de la pertenencia a estas organizaciones políticas es posible institucionalizar la fragmentaria configuración de los intereses al interior de la sociedad.
  - b) El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no sólo [sic] porque el artículo

127 STC 1417-2005-AA, Fundamentos 9 y 10.

31º de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, sino también porque el principio de representación proporcional –entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños– recogido por el artículo 187º de la Constitución, queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo. En otras palabras, por voluntad del propio constituyente, la ley (orgánica) no sólo *[sic]* puede, sino que *debe* culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista.

Desde luego, que el referido derecho fundamental sea de configuración legal, no implica que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan sólo *[sic]*, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación.

28. Estas premisas son de singular relevancia a efectos de evaluar la constitucionalidad de la Ley impugnada, motivo por el cual corresponde ahora ingresar en la evaluación de los alcances del artículo 187º de la Constitución que exige que las elecciones pluripersonales se rijan por el principio de representación proporcional, y las implicancias generadas por el hecho de que el derecho fundamental a ser elegido representante sea de configuración legal.

#### §4. El sistema electoral de representación proporcional

29. Dependiendo de los alcances, amplios o restringidos, que se pretenda dar al concepto de sistema electoral, este puede convertirse, en un extremo, en sinónimo de “Derecho electoral”, con lo cual haría alusión a todos los aspectos relevantes relacionados con la materia electoral (órganos electorales, proceso electoral, mecanismos de elección, modalidades de sufragio, etc.). A este concepto amplio hace alusión el artículo 176º de la Constitución cuando refiere que:

[e]l sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

Pero desde una óptica más restringida, que es la que interesa ahora destacar, el sistema electoral es concebido como:

[e]l modo según el cual el elector manifiesta por medio del voto el partido o candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños<sup>128</sup>.

30. Dicha representatividad puede lograrse a través de dos principios de distintos alcances y finalidades: el principio mayoritario y el principio proporcional. En el caso del principio mayoritario, la adjudicación de los escaños es dependiente de que un candidato o partido haya alcanzado la mayoría absoluta o relativa de los votos. De conformidad con esta fórmula sólo [sic] se determina al vencedor a vencedores, a partir de un simple conteo de votos regido por la regla de la mayoría.

Por su parte, en el caso de la fórmula proporcional, la adjudicación de escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen los distintos partidos, procurando, proporcionalmente, la representación de diversas fuerzas sociales y grupos políticos en el Parlamento.

Cierto es que difícilmente en los distintos ordenamientos electorales encontraremos alguna de estas fórmulas en estado “puro”. Usualmente, se suelen presentar ciertos rasgos del sistema proporcional en sistemas predominantemente mayoritarios y viceversa. Sin embargo, como bien afirma Dieter Nohlen, aún [sic] cuando los sistemas electorales combinen elementos técnicos que a menudo se encuentran en sistemas mayoritarios (por ejemplo, circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o fórmula de decisión mayoritaria) con elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales (circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o fórmula de decisión proporcional), el sistema electoral en su conjunto sólo [sic] puede asignarse a uno de los principios de representación: la representación por mayoría o la representación proporcional<sup>129</sup>.

---

128 NOHLEN, Dieter. *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 34.

129 NOHLEN, Dieter. “Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales”. En: AA. VV. *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Universidad de Heidelberg / Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación / Instituto Federal Electoral / Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 156.

31. Como quedó dicho, el artículo 187º de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales –como lo es la elección al Congreso– se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De este modo, en criterio del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley cuestionada (en cuanto modifica el artículo 20º de la LOE, estableciendo la “barrera electoral”) sólo [sic] podría verificarse en el caso de que: a) desvirtúe el principio de representación proporcional previsto en el artículo 187º de la Constitución, o b) carezca de finalidad constitucionalmente válida.
32. La regulación concreta del sistema proporcional puede variar dependiendo de distintos factores, como por ejemplo, la fórmula de cálculo utilizada. Así, el método D’Hondt y el de la cifra repartidora (que se fundamenta en el método de D’Hondt), buscan fortalecer a los partidos o agrupaciones que hayan obtenido mayor votación. El método Saint Lague, favorece a los partidos de menor representatividad. Y el método Hare o de cuocienteelectoral [sic], favorece a los partidos situados entre ambos extremos. Todos, sin embargo, respetan el principio de representación proporcional, por lo que resultan plenamente constitucionales.
33. El artículo 30º de la LOE ha recogido la fórmula de la cifra repartidora. En efecto, dicho artículo establece:

Artículo 30.- Para Elecciones de Representantes al Congreso de la República, la Cifra Repartidora se establece bajo las normas siguientes:

- a) Se determina el número de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos;
- b) El total de votos válidos obtenidos por cada lista se divide, sucesivamente, entre 1, entre 2, entre 3, etc. según sea el número total de Congresistas que corresponda elegir;
- c) Los cuocientes [sic] parciales obtenidos son colocados en orden sucesivo de mayor a menor; hasta tener un número de cuocientes [sic] igual al número de los Congresistas por elegir; el cuociente [sic] que ocupe el último lugar constituye la Cifra Repartidora;
- d) El total de votos válidos de cada lista se divide entre la Cifra Repartidora, para establecer el número de Congresistas que corresponda a cada una de ellas;

- e) El número de Congresistas de cada lista está definido por la parte entera del cociente [*sic*] obtenido a que se refiere el inciso anterior. En caso de no alcanzarse el número total de Congresistas previstos, se adiciona la unidad a quien tenga mayor parte decimal ; [*sic*] y,
- f) El caso de empate se decide por sorteo entre los que hubieran obtenido igual votación.

34. Corresponde entonces preguntarse si la “barrera electoral” establecida en el artículo 1º de la Ley cuestionada, desvirtúa la regla de la representación proporcional que, de conformidad con el artículo 187º de la Constitución, ha sido regulada en el artículo 30º de la LOE.

Dicha barrera impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. Por ende, sólo [*sic*] podríamos llegar a una respuesta afirmativa a la pregunta planteada si acaso este Colegiado entendiera que tras la regla de proporcionalidad subyace el principio conforme al cual absolutamente todos los partidos intervinientes en las elecciones, por el sólo [*sic*] hecho de participar en ellas, tienen derecho a obtener, cuando menos, un escaño parlamentario.

Empero, si tal fuera el sentido de la regla de la proporcionalidad, devendrían también en inconstitucionales las denominadas barreras “naturales”, sin cuya existencia la representación proporcional se tornaría impracticable. Nos referimos, desde luego, a la fórmula de porcentajes, el número de escaños, las circunscripciones, etc. Estos elementos, en sí mismos, determinan que sea imposible identificar el sistema de representación proporcional con una suerte de representación “total”, pues impiden que todos los partidos participantes que hayan obtenido algún margen de votación puedan necesariamente incluir a alguno de sus candidatos en el Congreso de la República.

Es por ello que, con relación a una supuesta identidad entre el sistema de representación proporcionalidad y un sistema de correspondencias proporcionales exactas, o lo que podría denominarse un sistema “puro” de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español ha señalado, en criterio que este Colegiado comparte plenamente, que:

[s]i con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de

votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado en parte alguna, ni acaso en sistema imaginable. La proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa “pureza” de la proporcionalidad abstractamente considerada<sup>130</sup>.

35. Así las cosas, siendo que la “barrera electoral” en modo alguno puede considerarse, en sí misma, contraria al sistema de representación proporcional, sino simplemente una variante más de dicho sistema, queda tan sólo [*sic*] por analizar si ella se encuentra orientada a cumplir fines constitucionalmente válidos.
36. En criterio de este Colegiado, el establecimiento de una “barrera electoral” resulta plenamente compatible con la Carta Fundamental, pues se encuentra orientada a:
  - A) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35º; es decir, “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular”, institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. En efecto, en criterio de este Tribunal, el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.
  - B) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que –vía competencia, articulación e interacción– cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político.

130 Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 75/1985, Fundamento 5.

El sistema de partidos es parte de la *vis* externa del “funcionamiento democrático”, que les exige el artículo 35º de la Constitución, frente a la *vis* interna de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.

- C) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, pues, según quedó expuesto en los Fundamentos 4 a 18 *supra*, todos ellos son elementos vitales para la estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45º de la Constitución.
  - D) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.
37. En consecuencia, establecida la compatibilidad de la “barrera electoral” con el sistema de representación proporcional, y atendiendo a la validez constitucional de las finalidades por ella perseguidas, este Tribunal Constitucional considera que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 1º de la Ley N.º 28617, en el extremo que, modificando el artículo 20º de la Ley N.º 28617, establece que para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República, se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

## **§5. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución**

38. Que, como se dijo, el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución) sea un derecho de configuración legal, no excluye la posibilidad de que este Tribunal realice un control constitucional de la ley llamado a culminar su delimitación normativa, pero sí obliga a este Colegiado a respetar el margen de apreciación política del Congreso de República al momento de crear Derecho, dentro del marco constitucional.

### **5.1 *La Constitución como norma jurídica y la interpretación que le es inherente***

39. Ello, desde luego, no desvirtúa la competencia de este Tribunal para interpretar la Constitución, ni menos aún [*sic*], para interpretar las

leyes “de conformidad con la Constitución”. La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas.

40. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).
41. En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo [sic] negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla.

## 5.2 *La jurisdicción constitucional, en general, y el Tribunal Constitucional, en particular, como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de derecho*

42. A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta [sic] contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45º de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2º del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, *in suo ordine*, todos lo [sic] poderes públicos.

43. De ahí que el artículo 38º prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200º, inciso 4; 201º; 202º, inciso 1; 203º, [sic] y 204º hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste [sic] la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81º y 82º del CPConst.).
44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a “la mayoría”, se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.
45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.
- 5.3 ¿Por qué el artículo 1º de la LOTC establece que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución?**
46. Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún [sic] cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138º de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución).

En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200º) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203º), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional –llamado a proteger en definitiva (artículos 138º y 200º a 204º) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38º, 45º

y 51º)- el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201º) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

47. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1º de su Ley Orgánica –Ley N.º 28301– y el artículo 1º del Reglamento Normativo del TC. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138º de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Estas [sic] no son creaciones *ex novo* del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138º, 201º y 203º de la Constitución.
48. Desde luego, cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).
49. De esta manera, deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200º) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38º, 45º y 51º), y, de otro, el equilibrio necesario a efectos de impedir que los otros órganos constitucionales –en especial, el Congreso de la República–, se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su producción normativa.

#### 5.4 *Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*

50. Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.
51. El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43º de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38º, 45º y 51º).
52. Dado que el artículo 201º de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201º, 202º de la Constitución y 1º de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201º de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.
53. Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo [*sic*] pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución.

54. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta [sic] exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber –en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan– de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139º, inciso [sic] 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2º, inciso [sic] 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200º *in fine*, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51º, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

55. Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90º y 102º 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104º) o decretos de urgencia (artículo 188º, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138º, 201º, 202º, inciso 1, y 204º, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38º y 45º de la Constitución).
56. De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda,

por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo [sic] tienen sustento constitucional en el artículo 45º, que exige a este Tribunal medir responsablemente [sic] las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103º de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo [sic] cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74º) y penal (artículo 103º).

57. Es indudable que si el TC no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Basta con imaginarse el drama en el que se hubiera situado al Congreso de la República y al propio Poder Judicial si –sin ningún criterio interpretativo o de modulación de efectos en el tiempo– este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (STC 0010-2002-AI) o ante la jurisdicción militar (STC 0023-2003-AI).
58. La Constitución normativa no sólo [sic] se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas [sic] a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta [sic] genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).
59. El reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93º de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51º de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45º de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo [sic] pueda ser una afirmación o negación

de la ley, sino también su complemento, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

### 5.5 *Los límites de las sentencias interpretativas*

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta [sic] a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.
61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45º de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, [sic] y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:
  - a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90º y 102º, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo [sic] pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.
  - b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República

y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo [sic] compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

- c) Sólo [sic] cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45º de la Constitución). Es decir, sólo [sic] pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.
- d) Sólo [sic] resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo [sic] tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

## **§6. El derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes**

- 62. Sin perjuicio de lo dicho en el punto §4 de esta sentencia, dado que los recurrentes han considerado que el referido extremo del artículo 1º de la Ley cuestionada vulnera también el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes (artículo 31º de la Constitución), este Tribunal considera necesario ocuparse sobre determinados alcances del referido derecho.
- 63. El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31º de la Constitución), y

su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30º de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33º de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto.

64. De conformidad con el artículo 31º de la Constitución, el derecho de voto goza de las siguientes garantías inherentes a la delimitación de su contenido protegido:

a) Es personal: Debe ser ejercido directamente y, en ningún caso, a través de interpósita persona.

Los demandantes han alegado que dado que el derecho de sufragio

[t]iene **naturaleza personal**, no [es] posible (...) que un derecho con tales alcances pueda convivir con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político del Congreso. (sic).

La manifiesta ausencia de nexo lógico entre aquello que protege el requerimiento constitucional de que el voto sea personal, y este alegato de los demandantes, releva a este Tribunal de mayor análisis sobre el particular.

b) Es igual: Esta característica deriva del mandato previsto en el artículo 2º, inciso [sic] 2, de la Constitución, conforme al cual ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Siendo el derecho de voto una garantía institucional para la estabilidad y la convivencia armónica en una sociedad democrática, en modo alguno puede justificarse la restricción en su ejercicio por causas carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad [sic]. Por el contrario, dichas restricciones deben ser en todos los casos valoradas bajo el imperio del principio *pro homine*, de manera tal que toda interpretación debe encontrarse orientada a procurar el ejercicio pleno del derecho.

c) Es libre: Esta característica del derecho de voto merece un análisis conjunto con su obligatoriedad hasta los setenta años. La libertad inherente al derecho de voto debe ser comprendida en el sentido de que a nadie pueda conminarse a que se manifieste

en un determinado sentido, de manera tal que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima, “espontánea” (artículo 176º) y responsable entre las distintas opciones posibles. La “decisión”, consiguientemente, jamás puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia (artículo 2º, inciso 3) ni menos aún [*sic*] sobre la integridad física, psicológica o moral (artículo 2º, inciso 1).

Sin embargo, en aras de forjar una identidad ciudadana con los principios consubstanciales a la participación política y la democracia, el constituyente no solamente ha estatuido el voto como un derecho, sino como un deber, de modo tal ha optado por estatuir el voto obligatorio, dando lugar a que, sin perjuicio de lo expuesto, ante la ausencia de causas justificadas, pueda derivarse alguna sanción administrativa por no acudir a las urnas.

d) Es secreto: Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Este componente del derecho al voto deriva, a su vez, del derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas (artículo 2º, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea.

65. Pues bien, expuestos así los ámbitos protegidos por el derecho fundamental de todo ciudadano a elegir a sus representantes, resulta evidente que el artículo 1º de la Ley impugnada, al establecer la “barrera electoral”, no resulta contrario a este derecho. En efecto, dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún [*sic*], exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar.

66. Los demandantes justifican así la razón por la que consideran afectado el referido derecho fundamental:

[e] condicionamiento porcentual para acceder a un escaño del Congreso, contraviene manifiestamente el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, ya que aún [*sic*] cuando el candidato obtenga un determinado número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos con mayor cantidad de votos para las elecciones al Congreso de la

República, ello no lo hace merecedor del cargo de congresista, sino que su acceso está supeditado al resultado del porcentaje de representantes de su partido político, con lo cual, de no alcanzarse el porcentaje recogido en la ley, el candidato perdería la curul que legítimamente obtuvo, en tanto su elección es el reflejo de la voluntad popular; que parte precisamente del derecho constitucional de los ciudadanos de poder elegir a sus representantes.

67. En tal sentido, no sólo [sic] resulta que los demandantes erróneamente consideran que nuestro sistema electoral se encuentra regido por el principio de la mayoría, conforme al cual quienes mayor cantidad de votos han alcanzados excluyen, necesariamente, al resto (sin ninguna consideración de proporcionalidad entre las fuerzas políticas participantes), sino que parecen sugerir que pertenece al contenido protegido del derecho al voto, tener la garantía de que el candidato por el que se ha votado, ocupe necesariamente un escaño en el Congreso, lo que a todas luces constituye un despropósito; máxime si se tiene en cuenta que una vez elegidos, todos los congresistas representan a la Nación (artículo 93º de la Constitución).

#### **§7. Los requisitos para mantener vigente la inscripción de los partidos y movimientos políticos**

68. Por otra parte, los demandantes también han cuestionado la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 26859, en el extremo que, modificando el artículo 87º de la LOE, dispone que:

[l]os partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará [sic] su inscripción.

Asimismo, cuestionan la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley N.º 26859, que, modificando el artículo 13º a) de la Ley N.º 28094, dispone:

Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

69. Sobre el particular, los demandantes sostienen que resultan inconstitucionales los artículos citados, pues con ellos

[s]e evidencia el verdadero objetivo de la ley de modificación: la cancelación de las inscripciones de los partidos políticos que constituyen la minoría. Es decir, se afecta directamente el Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que, a fin de cuentas lo que se pretende, de forma manifiesta y expresa, es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

70. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, resulta evidente que los reseñados artículos se encuentran orientados a cumplir similares finalidades a las que cumple la “barrera electoral”, puesto que aún [sic] cuando la democracia exija un gobierno de las mayorías con pleno respeto de los derechos fundamentales de las minorías, tales minorías y, en concreto, las minorías partidarias, sólo [sic] pueden ser consideradas relevantes en la formación y manifestación de la voluntad general que permita la gobernabilidad y el consenso (artículo 35º de la Constitución) en la medida de que gocen de un mínimo de institucionalidad representativa, y la ausencia de ello queda evidenciado cuando no se tiene representación parlamentaria, o se tiene una representatividad ínfima a nivel nacional.
71. Es por ese mismo motivo que la inscripción de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas en el Perú siempre se ha encontrado sujeta a cumplir con una determinada cantidad de firmas de adherentes<sup>131</sup>.
72. Por lo demás, la norma resulta acorde con el principio de proporcionalidad (artículo 200º de la Constitución), en la medida de que otorga al partido el plazo de un año para reestructurar sus bases y adoptar las medidas necesarias para poder lograr a futuro una representatividad institucional que justifique su presencia en el escenario del consenso político.

---

131 El Decreto Ley 11172, del 30 de setiembre de 1949, exigía 20 mil firmas de adherentes para la inscripción del partido (2.57% del electorado aprox). La misma cantidad de firmas fue exigida por los Decretos Leyes 13713 [sic] Decreto Ley 14250, este último del 5 de diciembre de 1962. El Decreto Ley 21995, del 15 de noviembre de 1977, que rigió solo para las elecciones de la Asamblea Constituyente de ese entonces, modificó la cifra exigiendo 40 mil adherentes (0.59% del electorado aprox.). El Decreto Ley 22652, del 27 de agosto de 1979, mantuvo la cifra. El 24 de agosto de 1984, se expidió la Ley 23903, que elevó la valla hasta 100 mil firmas (1.19% del electorado aprox). La Ley 25684, del 21 de agosto de 1992, mantuvo la valla [sic] de 100 mil firmas (0.99% del electorado aprox). La Ley 26859, del 29 de setiembre de 1997, establece el requisito de 4% de firmas de adherentes (500 mil electores aprox). La Ley 27369, del 17 de noviembre de 2000, disminuye la valla al 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox). Finalmente, la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, en concordancia con la Ley Orgánica de Elecciones establece el 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox).

73. Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional considera plenamente constitucionales los extremos impugnados de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 28617; y, consecuentemente, dada su esencial vinculación con la Disposición Transitoria Única de la misma Ley (a la que se hizo alusión en el Fundamento 2 *supra*), este Colegiado también considera constitucional dicha disposición.

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.
2. Los criterios expuestos en los fundamentos 60 y 61 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

## FUNDAMENTO DEL VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Considero que el Tribunal Constitucional, ante la coyuntura que confronta el país, que rebasa el aspecto propiamente electoral, debe plantear algunos asuntos que corresponde al Congreso de la República abordar y resolver, sea mediante reforma constitucional o modificación legislativa, según corresponda.

La accidentada historia constitucional del Perú es fruto de la desorbitada ambición de los militares que usaron la fuerza para usurpar el poder político, con la colaboración de civiles ávidos de riqueza mal habida. La demanda materia de este proceso de inconstitucionalidad es, por lo tanto, ocasión propicia para enumerar sintéticamente los cambios que requiere la Ley Fundamental del Estado.

**La separación de Poderes.** Desde que se dicta, el 17 de diciembre de 1822, la ley de Bases de la Constitución Política de la República Peruana, se establece (2) que la soberanía reside esencialmente en la Nación y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia; (4) que su gobierno es popular representativo; y (10) que el principio más necesario para el establecimiento y la conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes.

La división, o separación, de las funciones ha existido formalmente en las doce Constituciones del Perú; pero materialmente todas, sin excepción, fueron violadas. Se usurpó el cargo de Presidente de la República; el Congreso fue disuelto, mutilado o falseado; y se mantuvo el Poder Judicial manipulado, con jueces hechizos. No se impuso pena privativa de la libertad a los usurpadores, ni a los que se enriquecieron a expensas del país.

Caracteriza, pues, a nuestra historia política republicana la alternancia entre los golpes de Estado y los fraudes electorales. Las elecciones limpias son excepción.

El proceso penal contra los autores de los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, perpetrados el 5 de abril de 1992 está aún [sic] sin sentencia, a pesar de que los nombres de los principales agentes aparecen en el decreto ley [sic] N° 25418.

**Las atribuciones del Congreso.** En los breves interregnos democráticos el Congreso, además de legislar, ha cumplido, con mayor o menor eficiencia, su atribución de órgano de control político. En algunos períodos, incluso, confundió la fiscalización con la frecuente e inmotivada censura de los ministros de Estado. El enfrentamiento derivó en el golpe de Estado de 27 de octubre de 1948.

La actual Carta exige, razonablemente, la mayoría absoluta de votos del número legal de integrantes del Congreso, para censurar a uno o más ministros; y si la censura se repite contra dos Gabinetes corresponde al Presidente de la República decretar la disolución del Congreso y la convocatoria inmediata a elecciones (artículo 134º). Como lo señaló este Colegiado, en sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Exp. Nº 0006-2003-AI/TC), la Constitución tiene un vacío respecto del número de votos para declarar la vacancia del Presidente de la República por su permanente incapacidad moral o física, razón por la cual exhortó al Congreso a reformar la Constitución y su Reglamento a efecto de resolver tal situación. Acatando dicha sentencia, el Congreso corrigió su Reglamento, hecho que fortalece el Estado Social y Democrático de Derecho.

Aunque la delegación de facultades legislativas es una novedad que introduce la Constitución de 1979, restringida en la actual (que excluye la de leyes orgánicas), fue, empero, utilizada anteriormente para los efectos de promulgar algunos códigos. La delegación legislativa en el Presidente de la República debe tener la amplitud de la Carta precedente, pues el Poder Ejecutivo dispone de un mayor número de técnicos y especialistas; y el Congreso mantiene siempre su atribución de reformar, o derogar, las leyes.

El Congreso debe reasumir la función de ratificar los altos mandos militares y policiales y los embajadores del Perú en el exterior.

**El abuso en el ejercicio del mandato no imperativo.** Los representantes a [sic] Congreso no están sujetos a mandato imperativo. Nadie les puede imponer la obligación de desempeñar sus funciones con sujeción a directivas o consignas de los grupos de poder o de las dirigencias partidarias. Empero, no debe confundirse ese atributo de la representación parlamentaria con una suerte de patente de corso a efecto de que los congresistas, olvidando programas partidarios, por los que votó el pueblo, actúen rebasando los límites que impone la ética política.

En muchos períodos de la República se han producido migraciones de miembros del Congreso de un sector político a otro; en algunas ocasiones –excepcionales– por causa de servir mejor los intereses nacionales o locales.

La libertad de opinar y de votar de los parlamentarios no puede ser irrestricta y menos abusiva e incontrolada. Es verdad que los debates de las leyes y de las mociones políticas que al Parlamento corresponde, o no, aprobar implican el intercambio de hechos, ideas e informaciones. Es posible que los argumentos de unos convencen a otros y, por lo tanto, la votación final refleje la opinión de la mayoría (o de la unanimidad) del cuerpo legislativo. En tales supuestos, naturalmente, no se justifica objetar el comportamiento del congresista.

**El transfuguismo.** Distinto es el caso de los tránsfugas. Elegidos para defender determinados programas y mantener una línea política a la cual [sic] adhieren los electores, los representantes al Congreso –como está acreditado documentalmente– celebran compromisos, generalmente ocultos y remunerados, sea voluntaria o compulsivamente. Los tránsfugas no sólo [sic] vulneran el principio de representación proporcional y coadyuvan a formar mayorías ficticias en el Congreso (también puede ocurrir en otros espacios de representación), sino que atentan contra la moral pública y crean la desesperanza y la indignación de los ciudadanos.

Es difícil legislar sobre esta temática. Pero hay que hacerlo. Los partidos políticos deben tener potestad para someter a consulta popular (referéndum revocatorio) a los congresistas que actúan deslealmente. Si se produce la revocación, debe ingresar el accesorio a efecto de que no se desequilibre la representación proporcional. Si el sistema es distinto, el reemplazante debe emanar de una nueva elección.

**Circunscripciones electorales.** El Congreso ha sido bicameral a lo largo de nuestra historia, con la excepción de las inaplicadas disposiciones de la Constitución de 1826 (que estableció las Cámaras de Tribunales, Senadores y Censores) y de 1827 (que creó el Congreso unicameral). La Carta de 1993 integra el Congreso unicameral con 120 congresistas.

Los diputados eran elegidos por provincias y los senadores por Departamentos, hasta el proceso de 1945. En las elecciones de 1950, 1956 y 1963 los diputados, al igual que los senadores, fueron elegidos por Departamentos. En 1980, 1985 y 1990 los diputados continuaron siendo elegidos por Departamentos y los Senadores por distrito único, que abarcó toda la República.

**Elección indirecta y elección directa.** Senadores y Diputados fueron elegidos a través de colegios electorales de parroquia y de provincia, o sea indirectamente. Los ciudadanos con derecho a votar (el voto no fue universal) elegían a los electores de parroquia y éstos [sic] a los de provincia, que sumían la función de elegir tanto a los miembros del Congreso, como al presidente y vicepresidente de la República. A partir de la Constitución de 1856 se dispuso la elección directa de unos y otros.

**Calificación de las elecciones.** Correspondió al propio Congreso calificar y proclamar a los elegidos Presidente y Vicepresidentes, hasta 1919. La Constitución de 1920 transfirió esa atribución a la Corte Suprema de Justicia. A partir de 1931 se establece el Jurado Nacional de Elecciones, al que denomina Poder Electoral la Constitución de 1933. Los más significativos fraudes electorales ocurrieron en 1950 y 2000. La autonomía no es autarquía. Es inconstitucional que se pretenda cercenar el control constitucional de los actos del JNE si violan derechos fundamentales.

**Sistemas electorales.** La elección de Diputados y Senadores se hizo conforme al sistema de mayoría simple hasta 1945. Con ese sistema (y de mayoría y minoría, en 1950 y 1956), era suficiente alcanzar la mayor votación relativa para obtener un cargo parlamentario.

Con tal sistema empírico, podía ocurrir (y de hecho ocurrió) que los candidatos obtuvieran, por ejemplo, el 20 % de los votos para ser elegidos y proclamados. El 80% de los ciudadanos que dispersaron sus votos entre los demás candidatos quedaban sin representación. Con el referido sistema, el Congreso representaba sólo [sic] a la minoría.

El sistema de mayoría y minoría es, también, empírico. En efecto, la ley establece el número de cargos que le corresponde a la mayoría y, también, a la minoría. Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley señale cinco cargos para la mayoría y un cargo para la minoría. Producida la votación, la mayoría podría alcanzar cincuenta mil votos y la minoría cuarenta y nueve mil. La primera lista tendría los cinco cargos y la segunda lista sólo [sic] un cargo. No habría proporcionalidad. La situación sería más absurda si hay más listas de candidatos y no alcanzarían ninguna representación, aunque, en conjunto, superen a la primera lista e, incluso, tengan más votación que las que ocuparon el primer y segundo lugares.

Para que no se retorne al manejo empírico de la elección parlamentaria clásica, siempre que el Legislador (o el Constituyente) opinara por la sustitución del actual sistema, sería indispensable que la reforma constitucional determine, sobre la base de distribución de la población en el territorio nacional, que los distritos electorales a crearse tengan un número de habitantes equivalente. Sólo [sic] así se respetarían los principios constitucionales y los tratados internacionales que regulan el Estado democrático de derecho.

El decreto-ley [sic] N° 14250 estableció el sistema de representación proporcional, con el método de la cifra repartidora, a partir de 1963.

El sistema de representación proporcional apunta a dar más veracidad a la composición del Congreso. Empero, no es una solución perfecta. Motiva la

dispersión de los ciudadanos en numerosos partidos políticos y conspira, en consecuencia, contra la eficacia de las instituciones.

Con la Ley N° 14669 (sobre elecciones municipales), los alcaldes, elegidos con mayoría relativa, afrontaron dificultades insalvables para el gobierno municipal, por cuanto tenía mayoría adversaria de regidores. Fue necesaria la Ley N° 23903 para afrontar esa situación. Tal ley dispuso que el alcalde victorioso tuviera la mitad más uno de los regidores, aplicándose la cifra repartidora a las otras listas. Parecería aconsejable que una nueva ley disponga se realice una segunda elección entre los dos candidatos más votados, a efecto de que haya una efectiva representación vecinal.

El sistema de representación proporcional funciona adecuadamente sólo [sic] cuando el número de cargos a elegir es relativamente elevado. Eso ocurrió, por ejemplo, cuando se eligió la Asamblea Constituyente de 1978-79 y el Senado en 1980, 1985 y 1990. En cambio, no puede ser idóneo en caso de que sólo [sic] se elija 2 o 3.

Con cualquier sistema electoral, los congresistas representan a la Nación (artículo 93°).

**La igualdad ante la ley.** El principio de igualdad ante la ley de que es titular toda persona humana, se sustenta, además del artículo 2°-2 de la Constitución, en los artículos 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y II y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros convenios internacionales.

La igualdad, en cuanto a participar en el gobierno del Estado, se traduce, asimismo, en el principio “una persona, un voto”. De manera que, considerando que la población censada del Perú es 26.600.000 habitantes y siendo el número de escaños en el actual Congreso de 120, para recurrir al sistema uninominal habría que conformar distritos electorales de poco más o menos 220,000 habitantes. Alternativamente, la distribución de escaños podría implementarse sobre la base del Registro Electoral que sobrepasa los 16.000.000 de ciudadanos. Obviamente, el retorno al sistema de distritos uninominales puede considerarse para el futuro. Sin embargo, para que no ocurra lo que padeció el Perú hasta mediados del siglo 20, tendría que recurrirse, también, a la doble elección, tal como se aplica para elegir el Presidente de la República (artículo 111°). De otra manera, el Congreso estaría integrado por representantes de las minorías.

No debe perderse de vista, igualmente, que el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica que:

“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por **sufragio universal e igual y por voto secreto** u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.” [sic] (subrayado nuestro).

Los tratados internacionales forman parte del derecho nacional, según el artículo 55º de la Constitución y se interpretan conforme a la Cuarta Disposición Final de la Constitución de 1993.

Deviene inconstitucional, por lo tanto, toda norma que, prescindiendo del número de habitantes o de electores, distribuya arbitrariamente los cargos de congresistas, por cuanto los ciudadanos de algunas circunscripciones (actualmente departamentos) eligen en mayor proporción que otros.

El número de electores, según el RENIEC, sobrepasa de 16.000.000. La representación de éstos [sic] en el Congreso unicameral resulta insuficiente. Es la menor en nuestra vida republicana.

**La cédula única y el voto preferencial.** La cédula única fue usada, por primera vez, en el proceso electoral de 1963, de acuerdo al decreto-ley N° 14250. Permite que los nombres de todos los partidos y candidatos aparezcan en las cédulas impresas por mandato del Jurado Nacional de Elecciones (actualmente la ONPE) y que lleguen hasta las mesas de sufragio por conducto del órgano electoral. Los electores, por lo tanto, tienen la posibilidad de marcar sus votos por los candidatos de su preferencia.

Antes de la cédula única, los candidatos debían mandar imprimir sus respectivas cédulas (con formatos previamente aprobados) y distribuirlas hasta las mesas de sufragio, todo lo cual requería tener una organización que abarcara todo el territorio nacional. Los ciudadanos frecuentemente no podían votar por sus candidatos por falta de cédulas.

La Ley Orgánica de Elecciones (26859) se refiere a las cédulas de sufragio en sus artículos 255º, 258º, 260º, 262º y 264º, entre otros. El artículo 262º indica que “...El elector, en la cámara secreta y con el bolígrafo que se le proporciona, marca en la cédula un aspa o una cruz dentro de los cuadrados impresos en ella, según corresponda...”

La cédula única, con dos o más secciones, contiene los símbolos que identifica a cada lista inscrita, según el artículo 122º de la Ley 26859. O sea que hay tantos símbolos como listas hayan sido inscritas. En el proceso político electoral del 9 de abril de 2006 la proliferación de listas obliga a que la cédula electoral sea de dimensión insólita.

Los Poderes del Estado tienen la inexcusable obligación de facilitar a los ciudadanos la emisión de su voluntad electoral. En consecuencia, parece razonable que se modifique las características de la cédula de sufragio, para simplificarla. La cédula podría tener los cuadrados necesarios para que el elector marque, con números, sus votos a favor de la fórmula presidencial, congresistas, etc.

Con ese objeto se tendría que suprimir el voto preferencial (que requiere el número del respectivo candidato). El voto preferencial, introducido en la elección de la Asamblea Constituyente y mantenido hasta el proceso electoral en curso, pues ha sido y es un factor que atenta contra la unidad y armonía de los integrantes de las listas de candidatos al Congreso.

Vigente ya la Ley de Partidos Políticos (28094) corresponde a estas agrupaciones políticas determinar el orden de colocación de los candidatos, de acuerdo al cual se haría la distribución de los cargos alcanzados.

**Eventual inconstitucionalidad de la Ley.** El panorama electoral de 2006 acredita la existencia de cerca de 30 agrupaciones políticas que presentarán, separadamente o en alianzas, un número apreciable de listas parlamentarias. La dispersión y fragmentación de la votación, por lo tanto, puede ocurrir. En consecuencia, la ley materia de impugnación debió prever la solución pertinente. No se ajustaría a la justicia electoral que si, por ejemplo, superan la barrera electoral dos o tres agrupaciones, que en conjunto, reciban el tercio de la votación, obtengan el cien por ciento de los escaños parlamentarios. Los ciudadanos no estarían realmente representados en el Congreso. En tal supuesto, la representación proporcional sería ilusoria.

La ley materia de la sentencia del TC tampoco resuelve el caso –difícil, pero no imposible– de que ninguna de las listas de candidatos al Congreso supere la barrera electoral.

El artículo 184º de la Constitución declara que:

“El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos. La ley puede establecer proporciones distintas para las elecciones municipales.” [sic]

La lógica de ese precepto constitucional es que haya manifestación, clara y rotunda, de la voluntad popular. En realidad, la nulidad debería ser declarada si la mitad más uno de los votos emitidos son nulos o en blanco; pero el constituyente, conforme a precedentes constitucionales, mantuvo la referida proporción.

Con el mismo criterio, tendría que ser nula la elección de congresistas si los votos a favor de las listas que no sobrepasan la barrera electoral superan los dos tercios, puesto que se habría vaciado de contenido al artículo 187º de la propia Constitución, según el cual:

“En las elecciones pluripersonales hay **representación proporcional**, conforme al sistema que establece la ley. La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero.” [sic]

Habría, notoriamente, una falta de representación proporcional – [sic] y, por ende, flagrante violación constitucional, si se produce el caso materia de esta reflexión.

Asimismo, la ley cuya inconstitucionalidad es materia de la demanda y de esta sentencia no resuelve el caso de que, usando la facultad que le confiere el artículo 134º de la Constitución, el Presidente de la República decreta la disolución del Congreso, si éste [sic] ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros, en el curso del primer año del período parlamentario. ¿En ese supuesto, pueden participar las agrupaciones políticas que en las elecciones generales no alcanzaron la barrera electoral? Y ¿cuál sería la situación jurídica de tales agrupaciones –y de sus congresistas– si en las nuevas elecciones superan la barrera electoral?

El Congreso de la República debe dictar la ley correspondiente, habida cuenta la exquisita sensibilidad de alguno de sus integrantes, que –desconociendo la uniforme doctrina universal– pretende recortar atribuciones al Tribunal Constitucional.

S.

**ALVA ORLANDINI**

EXP. N.º 3362-2004-AA/TC  
HUÁNUCO  
PRUDENCIANO ESTRADA  
SALVADOR

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa a los 29 días del mes de agosto de 2006, el pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini.

### I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Prudenciano Estrada Salvador contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 140, su fecha 13 de julio de 2004, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### a) Demanda

Con fecha 22 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el director del Diario Regional de Huánuco, alegando la violación de su derecho a la rectificación consagrado en el inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución. Solicita, consecuentemente, que se ordene al demandado publicar la rectificación del día 8 de octubre de 2003, en la forma y términos por él establecidos, incluida la crónica rectificadora que solicitara mediante carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003. Sustenta su demanda en que con la publicación del titular '¡Ex Decano del Colegio de Abogados con orden de captura!' en la primera página del Diario Regional, y con el desarrollo de la noticia en la segunda página, con el mismo título y acompañada de una fotografía suya, se han vulnerado sus derechos constitucionales como abogado y dirigente gremial.

Según señala, las afirmaciones realizadas por el diario respecto de su persona y de los hechos que lo involucran son inexactas y agraviantes. En ese sentido,

sostiene que en la querrela seguida en su contra ante el Cuarto Juzgado Penal de Huánuco por el presunto delito de difamación, nunca se dictaminó orden de captura alguna hacia su persona, sino que a través del Oficio N.º 6612-03-4to.JPHCO, del 2 de octubre de 2003, se requiere a la Policía Nacional para que conduzca mediante la fuerza pública al querrellado y lo ponga a disposición del juzgado para que rinda su declaración instructiva. Tal oficio fue cursado antes de que la Resolución del 1 de octubre de 2003, que dictamina que se conduzca de grado o fuerza al demandado, estuviera consentida.

Asimismo, expone que es inexacto que el demandante se haya negado a firmar la notificación de fecha 1 de octubre de 2003, emitida por el titular del Cuarto Juzgado Penal, dado que quien se negó a firmar fue otra persona.

Alega que el proceso de querrela seguido en su contra es un proceso penal de investigación reservada al que sólo [sic] tienen acceso las partes.

También señala que no le autorizó al demandado la publicación del trámite del proceso, así como que no entregó ninguna resolución judicial. Considera que, dado que el propietario del Diario Regional es compadre del querellante, la publicación del 8 de octubre de 2003 fue realizada con la finalidad de hacerle un favor ilegal. De esta manera, califica a la publicación de sensacionalista y de haber sido posiblemente concertada con el querellante para agraviarlo.

Finalmente, sostiene que ejerció su derecho de rectificación cursando una carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003 al director del Diario Regional, de acuerdo con el artículo 2.º de la Ley N.º 26847 (sic)<sup>132</sup>. En dicha carta se establecen los términos y el formato en los que el diario debía rectificarse en el plazo determinado por ley. Sin embargo, señala que el demandado no procedió a publicar una rectificación antes ni después de los siete días previstos en el artículo 3.º de la mencionada ley y que, por el contrario, publica el 27 de octubre de 2003, en la página 7 de la sección Política/Gestión, un comentario a la citada carta notarial y, por segunda vez, emite opiniones y presenta hechos inexactos en perjuicio de su honor. Por lo tanto, no procedió a la rectificación en la forma y términos por él requeridos en la carta notarial; es decir, el contenido de la carta notarial no fue observado ni rechazado, por lo que ésta [sic] se encuentra aún [sic] en espera de su publicación.

132 Se refiere al artículo 2 de la Ley N.º 26775, que establece el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social, y que fuera modificada íntegramente por la Ley N.º 26847, por lo que en lo que resta de la sentencia las citas de los artículos de la Ley N.º 26775 corresponden al texto introducido por la referida ley modificatoria.

## **b) Contestación de la demanda**

El gerente de prensa del Diario Regional E.I.R.L., don Augusto Noreña Llanos, sostiene que el derecho para interponer la demanda de amparo ha caducado, puesto que de la fecha en que ocurrió el supuesto agravio a la fecha de presentación de la demanda transcurrido con exceso el plazo legalmente previsto.

Asimismo, refiere que la publicación de la nota informativa periodística materia de reclamo obedece a hechos verídicos y que, por tanto, no ha publicado hechos inexactos o agraviantes respecto del demandante. Ello debido a que la publicación realizada tuvo como base los documentos en los que se solicita que se conduzca mediante fuerza pública al querrellado a rendir su declaración instructiva. Amparándose en el inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución, así como en los tratados internacionales, sostiene que no estaría obligado a realizar rectificación alguna, debido a que la publicación de su versión de los hechos es correcta.

Alega que el titular del 8 de octubre de dicho año responde al resultado de la interpretación del hecho noticioso, y que se trata, en consecuencia, de un juicio del valor informativo. Por ello, señala que la disposición judicial que dictamina que un procesado sea conducido por la fuerza pública implica una orden de captura y detención. En ese sentido, considera que no tiene la obligación de rectificarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.º de la Ley N.º 26775, y que el demandante ha incurrido en un abuso de derecho al pretender imponer la forma y términos de la rectificación.

Finalmente, señala que los medios de comunicación están facultados para realizar ese tipo de publicaciones sin previa autorización, censura ni impedimento alguno y, en consecuencia, solicita que se declare infundada la pretensión del demandante.

## **c) Resolución de primera instancia**

Con fecha 12 de abril de 2004, el Segundo Juzgado Mixto de Huánuco declara fundada, en parte, la demanda, estimando que el demandado debe cumplir íntegramente con efectuar la rectificación solicitada por el recurrente en forma gratuita, inmediata y proporcional. Por otro lado, declara improcedente la demanda en el extremo relativo a los términos y formato requeridos por el demandante para la rectificación.

Sobre la excepción de caducidad señala que, a efectos de revisar el cómputo del plazo establecido en el artículo 37.º de la Ley N.º 23506, debe tenerse en cuenta la huelga del Poder Judicial producida desde el 5 de noviembre hasta el 1 de diciembre del [sic] 2003, por lo que se cumplen

los requisitos de plazo, en aplicación del principio *pro libertatis* a favor del demandante.

Respecto del fondo del asunto, sostiene que el Diario Regional, pese a estar en conocimiento del proceso de querrela interpuesto contra el demandante por la presunta comisión del delito de difamación, no precisa esto en el titular; además, que estaba en capacidad de prever el impacto que ocasionaría dicha publicación en la población y opinión pública huanuqueñas. Señala que, efectivamente, no se ha emitido una orden de captura en el proceso de querrela y que ésta [*sic*] sólo [*sic*] está destinada ordinariamente a delitos cuya gravedad o circunstancias la justifican. Estima que el demandado no cumplió con efectuar la rectificación pertinente dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud, limitándose a publicar un artículo el 27 de octubre de 2003, el cual no cumplía con el requisito de proporcionalidad requerido por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución. Sin embargo, expresa que la rectificación no tiene que efectuarse de acuerdo con los términos y formato establecidos por el demandante, por cuanto dicha obligación no está legalmente prevista.

#### **d) Resolución de segunda instancia**

Con fecha 13 de julio de 2004, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco declara que el demandado ha demostrado que la información pública escrita, si bien utiliza el término ‘orden de captura’, se trata del empleo de un lenguaje común, por lo que el empleo de dicho término por parte del Diario Regional es, en todo caso, un error de interpretación y no la publicación de un hecho alejado de la verdad, razón por la cual no existe vulneración de los derechos constitucionales alegados por el demandante.

En consecuencia, revoca la sentencia apelada que declara fundada, en parte, la demanda de amparo y la declara infundada.

### **III. DATOS GENERALES**

#### **» Supuesto daño constitucional**

El presente proceso constitucional de amparo fue iniciado por don Prudenciano Estrada Salvador contra el director del Diario Regional de Huánuco.

El acto lesivo se habría producido a través de dos hechos: en primer lugar, con la negativa del diario de rectificarse de la publicación del 8 de octubre de 2003, respecto de afirmaciones inexactas y agraviantes en relación con el demandante y su situación en un proceso penal por el presunto delito de difamación; y, en segundo lugar, con la publicación del 27 de octubre de

2003, en la cual, en vez de rectificarse, el diario señala solamente la posición del demandante respecto de los hechos y añade comentarios subjetivos que éste [*sic*] califica de falsos, con lo cual se le agravia nuevamente en su derecho al honor y buena reputación.

#### » **Reclamación constitucional**

El demandante ha argumentado la afectación de su derecho constitucional a la rectificación (artículo 2.º, inciso 7).

Sobre esta base, solicita que se ordene publicar la rectificación de la publicación del día 8 de octubre en la forma y términos por él establecidos, incluida la crónica rectificatoria solicitada al director del Diario Regional mediante carta notarial de fecha 21 de octubre de 2003.

#### » **Materias constitucionales relevantes**

Sobre la base de lo postulado por el demandante y el demandado, a lo largo de la presente sentencia, este Colegiado deberá pronunciarse sobre lo siguiente:

- ¿Qué significa realmente el derecho a la rectificación? Para ello se tendrá que responder lo siguiente:
  - ¿De qué manera está reconocido en el ámbito normativo?
  - ¿Su validez se relaciona con ser una forma de protección del derecho al honor de las personas?
- ¿Cuál es la configuración que presenta este derecho fundamental? Por tanto,
  - ¿En qué supuestos puede ser pedido?
  - ¿Cuáles son los elementos que establecen su ejercicio?

#### » **Norma procesal aplicable al caso concreto**

Antes de entrar en el fondo del asunto, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

Las normas procesales previstas por el presente código son de aplicación inmediata, incluso en los procesos en trámite. Sin

embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

En tal sentido, a efectos del pronunciamiento sobre este caso en concreto, este Tribunal utilizará el código mencionado, en virtud del principio de aplicación inmediata de las leyes, por no existir vulneración de los derechos procesales del demandante ni del demandado.

#### » **Precedente vinculante**

Esta sentencia adquiere calidad de precedente vinculante, según el artículo VII del Código Procesal Constitucional, que prescribe que:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...).

Es más, según la sentencia del Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, se ha rescatado que el precedente normativo sólo [*sic*] tiene sentido entendiendo la función integradora del Tribunal Constitucional:

(...) En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; cuando, debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y cuando los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad efectos jurídicos por razones de ocio legislativo.

Por ende, la presente sentencia será precedente vinculante en virtud de que a través de ésta [sic] se van a desarrollar los conceptos e ideas principales acerca del derecho a la rectificación, que no han sido desplegados en el ámbito constitucional.

#### IV. FUNDAMENTOS

1. La demanda planteada se sustenta en cómo el titular de un periódico, complementado con el desarrollo de la noticia y con la inclusión de la fotografía del recurrente, puede ameritar una rectificación que el propio diario demandado no quiso aceptar.

El mensaje que fue reproducido y expandido a toda la comunidad huanuqueña decía lo siguiente:

¡Ex Decano de Colegio de Abogados con orden de captura!

Huánuco.- El ex Decano del Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, Prudenciano Estrada Salvador, se encuentra con orden de captura por disposición judicial del Cuarto Juzgado Penal de esta ciudad.

Este juzgado lo solicita para rendir su declaración instructiva por un juicio que le sigue el abogado Ernesto Calle Hayén y que según la resolución judicial, de fecha 01 [sic] de octubre, Prudenciano Estrada Salvador se negó a firmar la notificación, actitud que conlleva a entorpecer y atentar contra el principio del debido proceso y que habiendo sido apercibido el pasado 9 de setiembre ordena que sea conducido mediante la fuerza pública, oficiándose a la autoridad policial para tal fin.

Igualmente el pasado 02 [sic] de octubre el Juez David Beraún Sánchez emitió el correspondiente oficio dirigiéndose a la Jefatura de la Policía Nacional del Perú para que conduzca mediante la fuerza pública al abogado Prudenciano Estrada Salvador<sup>133</sup>.

Sobre la base de esta noticia supuestamente equívoca, debemos tratar de determinar qué significa la rectificación en el orden constitucional nacional, para que a partir del caso de autos, esta figura pueda optimizarse para una mejor protección de los derechos de la persona. Es decir, la sentencia que se está emitiendo tiene como fin procedibilizar la rectificación de la mejor forma posible, y así cumplir con su cometido constitucional.

133 Diario Regional, Política/Gestión - 2, del 8 de octubre de 2003 (f. 14-b del Expediente).

## A. El sentido de la rectificación

2. Las amplias posibilidades de comunicación de hoy plantean mayores retos en referencia a la protección de los derechos fundamentales de las personas, máxime si se ha reforzado el ejercicio de los derechos comunicativos<sup>134</sup>. Ante ello, el mayor intercambio de ideas hace necesario que se ponga una atención especial sobre aspectos o datos sensibles de la personalidad humana.

La importancia que se le ha asignado al derecho a la rectificación, en cuanto brinda un modo para equilibrar la posición entre quienes informan (medios e informadores) y quienes son referidos y/o aludidos en tales noticias (personas naturales o jurídicas), es tal que se le ha asignado un rango constitucional.

### §1. Reconocimiento normativo

3. La rectificación, como derecho autónomo, es reconocida en el artículo 2.º, inciso 7), *in fine* de la *Constitución*, en los siguientes términos:

(...) Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste [*sic*] se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La rectificación así planteada merece protección en el ámbito procesal constitucional a través del amparo, tal como lo expone el artículo 37.º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional:

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) rectificación de informaciones inexactas o agraviantes.

Sobre este aspecto también es bien claro el artículo 7.º de la Ley N.º 26775, que señala que si no lograrse realizarse la rectificación bajo el parámetro establecido por la Constitución y por la ley, queda expedita la utilización de la demanda de amparo.

4. Al respecto, como este Colegiado lo ha señalado, la rectificación es un derecho fundamental que, según lo expresado en el fundamento 5.a de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0829-98-AA/TC, está referido a lo siguiente:

134 La protección de los derechos comunicativos está prevista en el artículo 37, inciso 3), del Código Procesal Constitucional, que señala que “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) De información, opinión y expresión”.

La obligación de rectificar informaciones inexactas o agraviantes al honor o a la buena reputación difundidas por cualquier medio de comunicación social, tiene por finalidad, a la par de contribuir con una correcta formación de la opinión pública libre, el de corregir informaciones sobre hechos inexactos que hayan sido propalados mediante el ejercicio de la libertad de información, esto es, informaciones cuyo carácter material permita determinar que se trata de informaciones no veraces, o que hayan sido formuladas como consecuencia de no observarse una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información.

5. El tratamiento presentado por el ordenamiento constitucional nacional se complementa con lo desarrollado en la normatividad internacional. Al respecto, pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se refieren de forma alguna a la rectificación, y se restringen a la salvaguardia del honor, el artículo 14.º de la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* señala con claridad que:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

De lo expresado, se puede afirmar que la rectificación planteada en la Convención Americana es bastante similar a la propuesta en sede constitucional, aunque no idéntica. En tal entendido, es indispensable conjugar ambas definiciones normativas, máxime si, según la Constitución (Cuarta Disposición Final y Transitoria) y el Código Procesal Constitucional (artículo V del Título Preliminar), los derechos fundamentales reconocidos en la Norma Fundamental deben ser interpretados de acuerdo con el desarrollo de los mismos en los instrumentos internacionales sobre la materia.

6. En este marco, se puede admitir la existencia de un contenido esencial en el derecho fundamental a la rectificación, para que de esta forma sea conveniente y oportunamente tutelado.

Básicamente este derecho incluirá dos ámbitos: uno positivo y uno negativo. Dentro del primero, se encuentra la posibilidad de que una persona afectada por un mensaje desatinado respecto a su persona pueda acceder libremente a un medio de comunicación de masas a fin de que éste se rectifique en mérito a los derechos comunicativos. Como parte de la esfera negativa, se entiende que es inadecuado que el medio niegue esta posibilidad a la persona, toda vez que le asiste con el objeto de proteger su honor, y de presentar la verdad noticiosa; tal negativa se puede producir tanto con no publicar la rectificación propuesta o, si se realiza, por hacerse con comentarios inexactos o agraviantes adicionales.

## §2. Validez como mecanismo de protección

7. El fin que cumple en el espectro constitucional hace que el derecho fundamental a la rectificación deba estimarse como uno meramente relacional, al tratar de entablar una concomitancia entre los derechos comunicativos y el derecho al honor, y presentándose en una última instancia como forma de protección de este último, pero únicamente cuando se produce el ejercicio abusivo de los primeros. Partiendo de la base de la igualdad entre los derechos fundamentales, es la misma Constitución la que permite una fórmula para equiparlos, pero sólo [sic] en caso de que se produzca el avasallamiento de uno de ellos en detrimento del otro.

Asimismo, retomando la teoría procesal de los derechos fundamentales, podemos observar cómo la rectificación se exhibe como un mecanismo adecuado de salvaguardia del honor. Una de las maneras en que el derecho al honor de una persona puede ser amparado es a través de una utilización correcta y adecuada de la rectificación. Así, en el fundamento 23 de la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>7/86</sup> [sic]), se ha señalado que:

(...) la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al 'respeto a los derechos o a la reputación de los demás' (...).

Es así como la rectificación aparece como una vía para hacer valer la responsabilidad ante el ejercicio abusivo de los derechos comunicativos en desmedro del honor de los demás. Por ello, fluye como un mecanismo idóneo y adecuado para que el derecho al honor, en un sistema de integración de derechos, pueda ser protegido ante un derecho comunicativo cuando éste [*sic*] es ejercido de manera inconstitucional, a través de datos inexactos ofrecidos y que afecten o agraven a las personas.

En tal sentido, aparece como un *derecho relacional* entre el honor y la información, aunque no por ello puede dejar de ser reconocido como un pleno derecho fundamental. Asimismo, la función de la rectificación, como *garantía procesal* de un derecho como es el honor, hace que la viabilidad de este último pueda quedar asegurada ante un ataque injustificado.

Por lo tanto, rectificación es, al mismo tiempo, un derecho relacional y una garantía procesal.

8. De esta forma, sólo [*sic*] puede existir derecho a la rectificación **relacionado con los derechos comunicativos**. Entonces, sólo [*sic*] habrá rectificación si se manifiesta un exceso en el ejercicio de los derechos informativos. Respecto a ellos, su reconocimiento se encuentra, aparte de la norma constitucional (artículo 2.º, inciso 4), en los instrumentos internacionales (básicamente, artículo 19.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo IV de la Declaración Americana, artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 13.º de la Convención Americana).

Asimismo, como cualquier derecho fundamental, los derechos comunicativos deben resguardar en su ejercicio los derechos y libertades de los demás (artículo 29.º de la Declaración Universal y artículo XXVIII de la Declaración Americana). Pero más claro resulta el planteamiento del artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala, refiriéndose a la libertad de expresión, cuáles son sus límites:

El ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales y por lo tanto pueden estar sujetas a restricciones establecidas por ley y que sean necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

En esta línea, sobre todo tomando en cuenta el acápite a) de la norma del Pacto, queda claro que los derechos comunicativos encuentran su límite (sobre todo, externo) en el honor de las personas, y es ahí donde toma fuerza el derecho a la rectificación.

9. De otro lado, cabe recordar que este Colegiado ya ha señalado la ubicación que poseen los derechos comunicativos en el sistema constitucional. El fundamento 13 de la sentencia del Expediente N.º 2262-2004-HC/TC ha expresado que:

El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo [sic] así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia (...).

Asimismo, según el fundamento 36 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 6712-2005-PHC/TC, tanto la expresión como la información

(...) tienen un sólido sustento democrático, e incluso se han propuesto garantías para que la injerencia a su ejercicio sea lo más limitada posible (...).

En la teoría constitucional de los derechos fundamentales que sigue este Tribunal existe igualdad entre ellos y no ha de aceptarse ningún tipo de jerarquización entre ellos (lo mismo se aplica para los derechos comunicativos y el derecho al honor), sino habrá de propiciarse una ponderación a través del principio de concordancia práctica, tal como se ha señalado en el fundamento 12.b la sentencia del Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, según el cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta 'optimizando' su interpretación, es decir, sin 'sacrificar' ninguno de los valores, derechos o principios concernidos.

En igual sentido, el artículo 32.º, inciso 2), de la Convención Americana consagra que el derecho de cada persona está limitado por el derecho de los demás. En consecuencia, debe procurarse la garantía del justo equilibrio y la armonización concreta, en cada caso, entre el derecho fundamental al honor y los derechos comunicativos, por intermedio de un procedimiento que asegure la garantía de los derechos en juego y que determine el carácter inexacto o agravante del mensaje emitido, siempre que haya una diferencia resultante del intento de hacer valer, en un caso o situación concreta, la rectificación.

10. Ahora es menester explicar en qué **tipos de medios** existe protección para la rectificación. El mencionado artículo 2.º, inciso 4), de la Constitución señala que el ejercicio de la rectificación ha de ser realizado a través de los medios de comunicación social, pero para la Convención Americana, a través del artículo 14.1, ha de ser a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general. Es decir, cabría rectificación no sólo [*sic*] respecto a las informaciones vertidas en aquellos medios de comunicación masiva comúnmente denominados de comunicación social, sino también en aquéllos [*sic*] que permiten la transmisión de noticias, datos o informes a un alto número indeterminado de personas, con el rasgo de masivo.

Y ello es así debido justamente a que:

En el idílico pasado del constitucionalismo clásico, las ideas circulaban libremente dentro de una elite relativamente reducida (...). Actualmente, sólo [*sic*] los especialistas en los medios de comunicación de masas son capaces de difundir cuestiones, de una complejidad sin precedentes, en una masa de público absolutamente nueva por su magnitud<sup>135</sup>.

Por eso, una equivocada difusión de informaciones en los medios de comunicación de masas tiene una gran posibilidad de hacer daño a las personas (como podría suceder con un correo electrónico masivo, en un portal electrónico o en una página web), cuyos efectos o su divulgación podrían ser tan o más perjudiciales que los existentes en los ordinariamente llamados medios de comunicación social. Por ello, a entender de este Tribunal, cabe rectificar los mensajes vertidos por cualquier medio de comunicación masiva.

11. Sin embargo, la insistencia de nuestra Norma Fundamental en los medios de comunicación social se debe justamente a la tangible preocupación por la responsabilidad que acarrea su actuación en la sociedad. Para limitar su poder se les ha reconocido como una institución constitucional, lo cual fluye de su tratamiento genérico (artículo 2.º, inciso 4, de la Constitución) como de la búsqueda para su colaboración con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural de la nación (artículo 14.º *in fine* de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se reconoce que la prestación de los servicios de radiodifusión, como medio de comunicación masiva, debe regirse, entre otros, por la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, la libertad de información veraz e imparcial, la tutela del orden jurídico

135 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel: 1979. pp. 415, 416.

democrático, la promoción de los valores y la identidad nacional, y, claro está, por la responsabilidad social de los propios medios.

La responsabilidad nos deriva a un autocontrol por parte de los medios de comunicación social, lo cual no sólo [sic] impedirá abusos en su contra, sino también neutralizará los realizados por ellos mismos contra los demás<sup>136</sup>. Es así como:

(...) la responsabilidad de los medios no se limita a normas de conducta para su información política (incluyendo la ponderación, la objetividad y la deferencia con los bienes protegidos de los afectados), sino que tiene que aplicarse a la trascendente función de facilitar conocimientos y orientaciones necesarios, o al menos sutiles, para que la sociedad supere sus problemas<sup>137</sup>.

Por esta calidad, es realmente importante que se busque neutralizar el ejercicio abusivo de los derechos ejercidos a través de los medios de comunicación de masas, toda vez que una institución constitucional no puede verse trastocada, y más bien corresponde a la Constitución proponer la tutela necesaria de sus derechos fundamentales dotando a las personas comunes y corrientes de los recursos jurídicos pertinentes para poder reponer las cosas al estado anterior a la violación, es decir, igualarse ante quien informa de manera negligente con todo el poder que los medios involucran.

12. Cuando se informa en el mundo cotidiano, básicamente no hay reciprocidad directa de elementos noticiosos entre dos o más partes que intercambian sus roles activo y pasivo, porque en el caso del mensaje vertido a través de los medios de comunicación social, en esencia lo que se produce es una unidireccionalidad en el envío de la información, toda vez que es una de las partes la que tiene todo el poder de la noticia y de transmitirla hacia el resto.

En ese sentido, la información periodística tiene una importancia creciente y un poder ahora realmente digno de resaltar. Basta reconocer que su transmisión genera múltiples cambios por los efectos que ocasiona o puede ocasionar en la vida pública o privada de las personas e instituciones. Ello acrecienta la responsabilidad profesional de los periodistas o los medios de comunicación social.

136 RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio. *El control de los medios de comunicación*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 15.

137 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Libertad de comunicación y de medios*. Ob. cit., pp. 158 y 159.

De igual forma, consideramos interesante lo señalado en el artículo II, punto 1 de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación, abierta a la firma por la Asamblea General en su Resolución N.º 630 (VII), de 16 de diciembre de 1952, y entrada en vigor, del 24 de agosto de 1962, la cual expresa lo siguiente:

La responsabilidad profesional de los corresponsales y de las agencias de información les impone dar cuenta de los hechos sin discriminación y sin separarlos de los elementos conexos necesarios para su recta apreciación, a fin de fomentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (...).

Conforme a la ética profesional, todos los corresponsales y agencias de información, en el caso de que se haya demostrado que ciertos despachos informativos transmitidos o publicados por ellos son falsos o tergiversados, deberían seguir la práctica establecida de transmitir por los mismos medios, o de publicar, rectificaciones de tales despachos (...).

En este bosquejo, aparte de que la noticia sea cierta, la actitud del informador debe estar teñida de libertad. Esta libertad será la mayor y mejor garantía de que se pueda aproximar a la verdad. Ahora bien, esta autonomía en el ejercicio periodístico no nos puede llevar al libertinaje de la información, caracterizado por violar la Constitución y/o los derechos fundamentales, sino a una actuación adecuada y responsable. Libertad y responsabilidad van de la mano, por lo que cuando se informe debe hacerse con toda la autonomía que corresponde a los encargados de difundir los mensajes periodísticos, pero también deben ser lo suficientemente éticos y responsables para que cuando se equivocan en el mensaje emitido, puedan rectificarse, inclusive sin la presión de una carta notarial o de una demanda, como la planteada en este caso.

## **B. Configuración del derecho a la rectificación**

13. Aparte de las disposiciones normativas expresadas en el artículo 2.º, inciso 7), *in fine* de la Constitución y en el artículo 14.º.2 de la Convención Americana, se integrará como parte del bloque de constitucionalidad, lo señalado por la Ley N.º 26775.

De otro lado, también hay que aceptar lo previsto por la Corte Interamericana a través de los fundamentos 22 ss. de la Opinión Consultiva OC-7/86, respecto a que, si bien el ordenamiento interno puede crear un mecanismo de rectificación particular, éste [*sic*] no puede desconocer su tratamiento por la Convención Americana, según

los parámetros explicados *supra*. Con más razón aún [*sic*], también lo dispuesto por dicha ley debe estar acorde con la Norma Fundamental.

## §1. Supuestos

14. Sobre la base de los *obiter dictum* antes desarrollados, es importante para este Colegiado interpretar la Constitución a fin de configurar el derecho fundamental a la rectificación.

Son dos los supuestos considerados por el constituyente en que puede plantearse un pedido de rectificación:

### a. Información inexacta

Según el artículo 2.º, inciso 7), de la Norma Fundamental, cabe la rectificación por ‘afirmaciones inexactas’; sin embargo, la Convención Americana, en su artículo 14.º, hace referencia a ‘informaciones inexactas’.

Por eso, consideramos que en este primer supuesto, independientemente del término utilizado, la remisión directa de la rectificación se da respecto al derecho a la información. Es por ello que la información periodística requiere un estricto control de veracidad, pues buena parte de su legitimidad proviene de las certezas y certidumbres contenidas en ella. En el ámbito del ejercicio de este derecho fundamental, la veracidad está más ligada con la diligencia debida de quien informa, y no con la exactitud íntegra de lo informado. De hecho, cada uno puede tener su verdad, exponerla o aceptar la de los otros.

Cabe señalar, además, que el derecho a la rectificación fluye cuando se produce una información falsa o inexacta. Es decir, sólo [*sic*] se podrá dar cuando la información publicada o difundida no corresponde en absoluto con la verdad (falsedad) o cuando se ajusta sólo [*sic*] en parte a ella (inexactitud).

Así, la nota será falsa o inexacta si es que no se expresó la verdad o lo hizo a medias, con lo que incurre en una transgresión voluntaria o involuntaria a la responsabilidad profesional de informar con sentido de la verdad y con tendencia a la objetividad. La verdad o no de la información se debe medir en su propio y estricto contexto, constatando las falencias en menor o mayor grado de la información.

Sin embargo, es posible que pese a toda la diligencia debida que pueda poner un comunicador social, no transmita una verdad en el sentido puro de la palabra. Por ello, es que el derecho a la rectificación, en

tanto medie una afectación al derecho al honor de las personas, surge como una forma idónea de contrastar la ‘verdad periodística’ y la ‘verdad real’. Para eso se tiene la posibilidad de que, tras presentar un error noticioso, éste [*sic*] sea corregido prontamente y en las mismas condiciones de las expresadas en la publicación o emisión original. Es decir, cuando la información alude a un sujeto pasivo del ejercicio de este derecho fundamental y éste [*sic*] asevera que lo dicho es falso o inexacto, se genera una reacción, que es rectificar esa información, independientemente de la exigencia o no de veracidad en la información. En ese sentido, dicho derecho

(...) más para evitar una agresión, sirve para ofrecer la versión de la persona ofendida (...) o para suplir las deficiencias informativas de una noticia que se ha demostrado falsa (...). El derecho a la rectificación no tiene por finalidad principal garantizar la veracidad de una información de hecho o, en sentido negativo, no es su finalidad excluir las informaciones falsas, inexactas o incompletas (...)<sup>138</sup>.

Rectificar es contradecir, rebatir o impugnar con argumentos o razones lo que otro ha informado. Por eso se ha dicho de manera contundente que cabe el ejercicio de la rectificación si es que se informa erróneamente y se afecta a la persona;

(...) en tal caso, ésta [*sic*] debe tener derecho a rectificar tal error, aun cuando no hubiera dolo o culpa del periodista<sup>139</sup>.

Vale señalar que la exigencia de la rectificación, e incluso su realización, será independiente de las otras responsabilidades que puedan tener los intervinientes en la propagación de la información. Por último, queda claro que para que exista rectificación es irrelevante si existe o no diligencia; basta con comprobar que la noticia propagada es falsa. Así, el ejercicio del citado derecho se exhibe como una excepción a la regla de la diligencia debida exigida para la información en el ámbito constitucional.

#### *b. Honor agraviado*

El otro supuesto en que se puede ejercer el derecho a la rectificación se presenta cuando la persona se ha sentido afectada a través de un agravio, y esto significa una violación de su derecho al honor (así

138 AZURMENDI, Ana. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la información*. Pamplona: Eunsa, 1997. pp. 119 y 123.

139 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 2000. 2.ª ed. Tom. I, p. 585.

lo señala también el artículo 14.3 de la Convención Americana), a través de un medio de comunicación de masas con independencia del derecho comunicativo ejercido. Ésta [*sic*] es la interpretación adecuada que puede fluir de una correcta lectura del artículo 2.º, inciso 7), de la Constitución.

Si bien la Norma Fundamental prefiere adscribirse a una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor interno y de honor externo, entendido este último como buena reputación), lo que en el fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37.º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional.

En este marco, se puede considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación. Esto viene a significar que para que haya rectificación debe haberse producido previamente un ataque injustificado al derecho fundamental al honor.

A entender de este Colegiado, a través del fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 0446-2002-AA/TC, el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 2 de la misma sentencia que este derecho

(...) forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o antes los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva.

En el caso de la rectificación, para que ella pueda ser ejercida debe existir un elemento afectante del honor de una persona, y ésta [*sic*] es una condición básica para su disfrute.

La prueba de este hecho, que no requiere una declaración judicial previa, debe basarse en los elementos objetivos presentados por quien la reclame y que deben ser explicados en el requerimiento que

exhiba ante el medio de comunicación. Esto ha de significar que para hacer el pedido de una rectificación no es necesario, ni menos aún [sic] exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan sólo [sic] con una apariencia de la vulneración.

15. Habiendo determinado los dos supuestos en los que se puede solicitar la rectificación, sobre todo en lo relativo a la existencia de un agravio, es necesario que a continuación podamos contrastarlos con lo sucedido en el caso concreto.

Se puede decir que si bien el recurrente ha sido parte de un proceso penal de investigación reservada, el cual es un asunto eminentemente personal y no público, cabría preguntarse si la noticia propagada amerita o no el ejercicio del derecho fundamental a la rectificación de su parte, según los parámetros establecidos.

16. Tal como ha sido presentado líneas arriba, mediante una carta remitida por el recurrente, éste [sic] manifiesta que no tiene orden de captura alguna. Afirma que lo que existe es una orden de comparecencia, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública para que rinda su instructiva en dicho proceso, y que no asistió a la diligencia pues ella no se realizó en la fecha señalada. En este contexto, ha solicitado, al utilizar el amparo, que se haga efectivo su derecho a la rectificación, el cual ha sido transgredido cuando:

(...) se ha publicado en el Diario Regional el titular '¡Ex Decano del Colegio de Abogados con orden de captura!'. De igual forma aparece dicha información en la segunda página con las mismas palabras en dos renglones pero sin signos de admiración al pie la fotografía del demandante que se publicó el 8 de octubre del año 2003 (...) <sup>140</sup>.

Pese a solicitar al demandado la rectificación de la información considerada falsa, nunca hubo enmienda alguna. En tal sentido, el requerido alega que la noticia que presentó es el resultado de la interpretación del hecho noticioso, es decir, es un juicio de valor informativo. Agrega que:

(...) la disposición judicial de ser conducido un procesado mediante la fuerza pública, implica una orden de captura y detención en el lugar que sea habido, y ser puesto a disposición del juez solicitante para los fines de ley <sup>141</sup>.

140 Demanda de amparo (ff. 16 y 17 del Expediente).

141 Contestación de demanda (ff. 40 y 41 del Expediente).

Entonces, en la presente causa se tiene que dilucidar el significado del término ‘orden de captura’ y determinar si, sobre la base fáctica de la noticia aparecida en el medio de comunicación social, el accionante se encontraba en los supuestos admitidos por la Constitución para el ejercicio del derecho a la rectificación.

17. En primer lugar, hay que aceptar o descartar el argumento utilizado por el demandado, y acogido por el juzgador de segundo grado, respecto al tipo de lenguaje utilizado en la noticia publicada, pues expresa que:

(...) hay que entender que en el lenguaje común no es la misma [sic] la acepción jurídica del término ‘captura’ y que el término utilizado por el diario emplazado en todo caso importaría un error de interpretación pero no la publicación de un hecho alejado de la verdad (...)<sup>142</sup>.

Al respecto, si bien es cierto que existe el Oficio N.º 6612-03-4JPHCO, a través del cual el juzgado penal requiere al Jefe del Departamento de la Policía Judicial para que conduzca mediante la fuerza pública para que preste una declaración instructiva al querellado, hoy demandante en el amparo, y sea puesto a disposición de dicho despacho previa emisión por parte del juez de un auto mediante el cual se dispone para que preste su declaración, también lo es que, en relación con la información propalada en el diario el día miércoles 8 de octubre del [sic] 2003, debemos tener en cuenta el contexto en que se está emitiendo tal información.

Al respecto, para la mayoría de las personas que no tienen conocimientos en materia penal, el término ‘orden de captura’ hace mención a un alto nivel de restricción a la libertad personal, semejante a un mandato de detención, cuya naturaleza no puede ser comparada con una ‘orden de comparecencia’ bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, en la cual, si la persona citada no concurre a la diligencia, se hace efectivo el apercibimiento decretado. De esta manera, el director del diario o el que realizó la investigación periodística no supo transmitir la información exacta de lo sucedido. Si bien es cierto que el demandante está involucrado en un proceso penal por difamación, el oficio emitido por el juzgado era para que acuda de forma conminatoria al proceso a prestar su declaración instructiva; en ningún momento se está limitando abiertamente su libertad personal. Por ello, como ya se ha señalado previamente, no pueden asimilarse los conceptos de traslado a un juzgado vía grado o fuerza, que

142 Sentencia de segunda instancia (ff. [sic] 141 del Expediente).

significa desplazamiento de una persona a un recinto judicial para que declare o se le sentencie, y el de ‘orden de captura’, que comúnmente es entendido como una medida que implica la pérdida de la libertad personal. Presentar el mencionado apercibimiento como una orden de captura demuestra, a entender de este Colegiado, un agravio por parte del medio de comunicación. Desde ya se estaría hablando de un informe incompleto y fuera de todo contexto, con la consiguiente vulneración del derecho consagrado en el artículo 2.º, inciso 7), de la Constitución.

En conclusión, para este Tribunal, por más que el lenguaje coloquial no se condiga necesariamente con el jurídico, la actuación del informante debe también reflejar esta diferencia. Si no quiere verse involucrado en un desliz como el producido en el presente caso, entonces tampoco puede utilizar un lenguaje que no es el periodístico, como es el hecho de usar el término ‘orden de captura’.

18. De lo expresado, no cabe duda de que la información vertida no es completamente cierta, por lo que correspondía rectificarla a quien la emitió, independientemente del nivel de diligencia mostrado por el demandado.

A entender del accionado, y basado en los documentos judiciales y policiales que contenían la conducción por vía de grado o fuerza, éste [*sic*] se anima a precisar que:

(...) Es así que, teniendo como fuente informativa los documentos señalados en el ítem anterior; el Diario Regional realiza la mencionada publicación noticiosa materia de reclamo, cumpliendo su labor informativa constitucionalmente respaldada (...) <sup>143</sup>.

Ahora bien, el dato objetivo es que existe una afirmación que no cuenta con el grado de exactitud necesario para que ésta [*sic*] pudiese ser emitida. Sin embargo, al haber sido ya propagada, en pos del respeto del público, cabría en este caso la existencia de una rectificación, motivo por lo cual la demanda planteada debe ser declarada fundada.

19. Pero para llegar a una conclusión como la arribada, también ha podido existir una vulneración del honor del recurrente, y así se estaría incluyendo también el presente caso en el segundo supuesto previsto.

El demandante ha señalado, respecto a la noticia presentada por el encausado, lo siguiente:

---

143 Contestación de la demanda (f. 40 del Expediente).

(...) esta información inexacta hizo el demandado haciendo daño a mi honor, a mi reputación y a mi buena imagen (...) el demandado no podía ni debía de haber publicado, comentarios falsos de un proceso penal de investigación reservada, que es asunto eminentemente personal y no público (...) <sup>144</sup>.

De esta forma, debe observarse que una noticia de este tipo también ha llegado a afectar el honor del peticionante, toda vez que presentarlo de manera pública como un presunto responsable (con orden de captura) de un delito –del cual tampoco se precisó su tipicidad– le impide presentarse adecuadamente en la sociedad, máxime si lo han designado en su calidad de ex decano del Colegio de Abogados, señalamiento totalmente irrelevante para el caso concreto.

## §2. Elementos configuradores

20. Además de lo señalado respecto a la rectificación constitucionalmente aceptada y la declaración respecto al caso concreto, es pertinente insistir en algunos aspectos no menos importantes respecto a su configuración.

Según el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1308-99-AA/TC, a entender de este Colegiado,

(...) en relación a los requisitos de procedibilidad, este Tribunal Constitucional, de manera previa ha de señalar que de conformidad con el artículo 2º de la Ley N.º 26847, el ejercicio del derecho de rectificación deberá canalizarse previamente mediante solicitud cursada por conducto notarial, la que deberá realizarse dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se proponga rectificar (...).

Por ello, veremos a continuación algunas cuestiones referidas al procedimiento de rectificación que merecen ser explicadas:

### a. *Con relación a su naturaleza:*

El artículo 2.º, inciso 7), *in fine* de la Norma Fundamental señala los elementos que están insertos en una rectificación: ésta [*sic*] debe ser gratuita, inmediata y proporcional.

- *Gratuidad:* La Constitución señala que todo acto de rectificación debe ser completamente gratuito para quien se ve afectado. Ahora bien, este hecho no impide que la persona realice algunos pagos en el trámite del pedido (como puede ser la carta notarial

144 Demanda de amparo (f. 18 del Expediente).

que debe enviar), pero lo que sí no debe abonarse al medio de comunicación es monto alguno por concepto de la publicación o emisión en sí.

- *Momento:* La Constitución exige que la rectificación debe darse de manera inmediata, es decir, en el menor tiempo posible desde que se produjo la afectación. En el artículo 3.º de la Ley N.º 26775 se establece que los responsables deben efectuar la rectificación dentro de los siete días siguientes después de recibida la solicitud para medios de edición o difusión diaria o en la próxima edición que se hiciera, en los demás casos. Sabiendo que los medios de comunicación tienen distinta naturaleza (no pueden ser iguales la radio con un periódico, y menos aún [sic], un correo electrónico masivo), la rectificación debe realizarse según la manera en que cada medio difunda el mensaje. Por ello, este Colegiado se ha de preocupar en que la inmediatez de la rectificación deba ser cumplida, pues ella es una característica esencial y constituyente en el ejercicio de este derecho fundamental.
  
- *Forma:* Lo que siempre habrá de buscarse es que la rectificación sea proporcional con aquel mensaje que terminó violentando el derecho fundamental al honor de la persona. Tratándose de una edición escrita, la rectificación deberá publicarse íntegramente, sin intercalaciones, en la misma página y con características similares a la comunicación que lo haya provocado o, en su defecto, en un lugar destacado de la misma sección. Cuando se trata de radio o televisión, la rectificación tendrá que difundirse en el mismo horario y con características similares a la transmisión que la haya motivado. Por ello, se señala en el artículo 3.º *in fine* mencionado que, tras la solicitud de la persona afectada, la rectificación se efectuará el mismo día de la semana y, de ser el caso, a la misma hora en que se difundió el mensaje que la origina en los medios no escritos. Lo que en fondo se persigue con la rectificación es que se presente un mensaje discursivo con el mismo peso periodístico que el original, pero siempre en términos respetuosos y convenientes.

*b. Con relación a los intervinientes:*

Como todo derecho fundamental, la rectificación posee un titular y un destinatario.

- *Reclamante:* La titularidad del derecho alcanza a cualquier persona, natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación. Es así como el derecho está reconocido a toda 'persona' afectada por afirmaciones inexactas

o agraviantes emitidas en su perjuicio, pudiendo ejercerlo, según lo precisa el artículo 2.º de la Ley N.º 26775, por la misma afectada o por su representante legal. También estará legitimada activamente para realizar la solicitud de rectificación, aquella persona que, pese a que el medio se haya rectificado espontáneamente, no juzgue satisfactoria la misma.

- *Obligado*: La rectificación se traduce en una obligación que recae, como ya ha sido explicado, en cualquier medio de comunicación, y que consiste en insertar o difundir gratuitamente las rectificaciones que les sean dirigidas. Cuando se trata de un medio de comunicación social, el artículo 2.º de la Ley N.º 26775 señala que será responsable el director del órgano de comunicación y, a falta de éste [*sic*], quien haga sus veces. Cabe señalar que según el artículo 14.3 de la Convención Americana, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. En caso de que el responsable no estuviese en un medio de comunicación social, entonces el responsable será el propio emisor de la información.

*c. Con relación al trámite:*

Este tema ha sido desarrollado a través de la citada Ley N.º 26775, básicamente a través de los artículos 2.º y 3.º; pero hay aspectos que merecen ser resaltados.

- *Solicitud*: Se debe hacer un requerimiento al director del medio de comunicación o a las personas que se presentan como responsables, en el cual se solicite la rectificación. Según el artículo 2.º de la referida ley, la solicitud será cursada por conducto notarial u otro fehaciente. Es así como tal carta se configura en una vía previa para la presentación de la demanda de amparo.
  - *Tramitación*: El pedido realizado puede ser realizado hasta quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar, tal como lo señala el antes mencionado artículo 2.º de la Ley N.º 26775. Este plazo está de la mano con la exigencia de inmediatez explicada.
21. En el caso concreto, es de notar que el recurrente ha exigido al periódico el cambio de titular y de la noticia que lo explica, alegando no ser objeto de una orden de captura y solo se le ha remitido un oficio, mediante el cual le piden que asista a la querrela de un proceso en curso. De este modo le solicita al demandado rectificarse bajo sus propios términos y según un formato individual.

Sin embargo, tal como se presentó *supra*, el demandado no cumplió con permitirle al accionante la posibilidad de rectificación, no satisfaciendo el pedido realizado. Sobre esta situación, cabe hacer dos precisiones.

22. La primera de ellas está referida a **cómo ha de presentarse una rectificación**: Como lo desea el afectado o como lo plantea el medio. En el caso concreto, el solicitante envía una carta notarial indicando la forma en que se debía rectificar el diario emplazado.

Por ello, es interesante analizar la forma en que el medio de comunicación social ‘intentó’ satisfacer la rectificación solicitada pues ésta [*sic*] fue opuesta a lo que la Constitución exige, al agregar comentarios a extractos de la carta notarial enviada. No fue proporcional de ninguna forma a los estándares constitucionales del artículo 2.º, inciso 7).

23. La supuesta rectificación realizada por el demandado el día 27 de octubre publicada en la página 7 de Política/Gestión del Diario Regional, incluye un comentario de la carta notarial que le fue dirigida días antes con el propósito de que se rectifique de la versión emitida por la nota periodística del 8 de octubre del [*sic*] 2003, sin cumplir el mandato de la ley.

La solicitud enviada por el recurrente al medio señalaba que debía ponerse, como una verdadera forma de rectificación, en el medio lo siguiente:

¡Ex Decano de Colegio de Abogados nunca tuvo orden de captura!

Huánuco.- El ex Decano del Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco con orden de captura, Prudenciano Estrada Salvador, nunca tuvo orden de captura por disposición judicial del Cuarto Juzgado Penal de esta ciudad. Este juzgado sólo [*sic*] decretó su comparecencia bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública para que rinda su instructiva en el proceso de querrela seguido por el ex Fiscal Provisional de Familia abogado Ernesto Calle Hayén. El cargo que obra a fojas 298 de los autos acredita que la señorita Secretaria del Estudio Jurídico del querrellado, que atendió al personal del juzgado, no quiso recepcionar, de cuya actitud dejó una constancia la señorita Auxiliar Jurisdiccional; el querrellado no realizó la recepción como falsamente se informó en el Diario Regional; por esa razón se frustró la diligencia de la instructiva del querrellado señalado para el día 22 de setiembre del año en curso, es falso que el querrellado Prudenciano Estrada Salvador se haya negado a firmar

resolución alguna del Cuarto Juzgado Penal; en los actuados, el querrellado abogado Prudenciano Estrada Salvador firmó el cargo de la Resolución de fecha 1 de octubre del [sic] 2003, en efecto la afirmación publicada el día 8 de octubre del año en curso fue inexacto. El querrellado por considerar que el Juzgado resolvió con error la Resolución que ordenó conducir en grado fuerza para rendir su instructiva, fue apelado dentro del término de ley, por lo que fue concedida la apelación mediante la resolución de fecha 6 de octubre, cuyo cuaderno ha sido elevado a la Sala de la Corte Superior de Huánuco y Pasco, hasta el momento que se redactó esta carta rectificatoria no ha sido resuelto. El 2 de octubre del presente año el Señor Juez David Beraún Sánchez, emitió el Oficio N.º 6612-2003 a favor de la PNP de esta localidad en forma ilegal, por cuanto para esa fecha la Resolución del 1 de octubre no se encontraba consentida, debido a ese error jurídico, el Juzgado posteriormente ofició a la PNP dejando sin efecto<sup>145</sup>.

Es decir, el director al realizar supuestamente la rectificación en la nota periodística, de fecha 27 de octubre del [sic] 2003, la realizó de una manera peculiar, pero tomando en cuenta un extracto de la carta remitida por el recurrente, a través de la cual niega la información emitida (la del día miércoles 8 de octubre del [sic] 2003).

Hacer pasar la rectificación como la posición del recurrente dentro de una supuesta investigación realizada, en la que se insiste en la información ofrecida de manera original, no puede ser ni debió ser aceptada como rectificación, tal como ocurrió en el presente caso, y que ahora motiva que este Colegiado esté revisando este proceso constitucional.

24. De lo observado, es necesario determinar la validez de una de las dos posibilidades propuestas para que la rectificación pueda ser realizada: una es que sea el propio medio el que lo rectifique según sus parámetros; otra es que el propio afectado proponga la forma en que se produzca la rectificación.

Según el artículo 14.1 de la Convención Americana, la persona 'tiene derecho a efectuar' la rectificación, es decir, todo hace suponer que él mismo debe ser el que proponga la forma en que el medio se rectifique. Sin embargo, la Constitución, en su artículo 2.º, inciso 7), expresa claramente que el derecho de la persona se refiere a que el propio medio se rectifique.

145 Carta notarial de rectificación, del 21 de octubre de 2003 (f. 10 del Expediente).

Haciendo una interpretación coherente entre ambas normas, consideramos pertinente aseverar que será el propio medio el que debe presentar la rectificación, según los lineamientos periodísticos del mismo, con la salvedad de que el agraviado señale expresamente lo contrario en su solicitud. En el caso de que la persona haga un pedido intencionado de que se coloque la rectificación según su voluntad, el medio deberá hacer la rectificación según la petición realizada. Sin embargo, en este último supuesto, el afectado no podrá hacer un ejercicio abusivo de su derecho. Así lo ha determinado el artículo 5.º de la Ley N.º 26775, cuando señala que el medio de comunicación social puede rechazar la difusión o inserción de la rectificación, en el caso de que una información sea inexacta:

- a) Cuando no tenga relación inmediata con los hechos o las imágenes que le aluden o que exceda lo que estima necesario para corregir los hechos declarados inexactos o perjudiciales para el honor.
- b) Cuando sea injuriosa o contraria a las leyes o a las buenas costumbres.
- c) Cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada.
- d) Cuando esté redactada en idioma distinto al de la emisión del programa o de la edición incriminada.
- e) Cuando se vulnere lo dispuesto en el artículo sexto de la citada ley; es decir, si la rectificación no se limita a los hechos mencionados en la información difundida o comprende juicios de valor u opiniones.

En caso de negativa por parte del medio o si la difusión o inserción de la rectificación no satisface al afectado, cabría presentar una demanda de amparo por violación del derecho fundamental a la rectificación, y, en tal caso, será el propio juez constitucional el que determine cuáles son los parámetros que debe utilizar el medio para la rectificación. En caso de ser injustificada la negativa del medio, cabe utilizar los apremios con que cuenta el juez, tal como más adelante va a ser desarrollado.

25. Así, en el caso concreto, el demandado debe rectificar la noticia presentada, consignando expresamente en un titular que el afectado no tuvo orden de captura sino mandato de conducción vía grado o fuerza. Sobre la base de dicho titular, el accionado deberá explicar cuál fue la verdadera situación jurídica del recurrente en la querrela que se le interpuso en su contra, en un artículo que esté en la misma página

(página 2) y con una dimensión similar a la de la información original, evitando hacer comentarios agraviantes sobre la noticia, y limitándose a presentar la noticia rectificadora, según consta en la carta notarial que le enviara [sic] el accionante.

26. En segundo lugar, lo que se debe determinar es si es o no válida una rectificación que contiene **añadidos por parte del medio** (nuevas opiniones o informaciones).

Corresponde salvar esta duda sobre la base de lo que reprodujo el diario demandado en la supuesta rectificación que realizó de la noticia original del caso de autos. Esto fue lo que publicó:

Ex decano de Colegio de Abogados dice que ‘no tiene orden captura’

Huánuco.- Mediante una carta remitida por el abogado Prudenciano Estrada Salvador, ex Decano del Colegio de Abogados Huánuco Pasco, manifiesta que no tiene orden de captura del Cuarta Juzgado Penal, en la querrela que le siguen por el presunto delito de difamación, instaurado por el ex Fiscal Provincial de Familia Ernesto Calle Hayén (...).

Ahora bien, el mandato de conducir a una persona por la fuerza pública, implica en sí la detención de la persona, su conducción al Juzgado, y ser puesto a disposición del Juez para los fines de Ley. En buen romance, es una orden de captura para una detención transitoria, preventiva.

Si el Juzgado posteriormente remitió otro oficio a la Policía Nacional dejando sin efecto el pedido de conducción del inculcado de grado o fuerza, esto constituye un hecho nuevo dentro del proceso, que obviamente no teníamos por qué conocer. En todo caso, con la presente publicación le concedemos al abogado Prudenciano Estrada, el derecho de réplica<sup>146</sup>.

27. Para este Colegiado, la rectificación debe estar circunscrita al objeto del mensaje inexacto que la motiva, separada de cualquier discurso agregado. Lo que podrá hacer el medio de comunicación de masas frente a un pedido realizado por el afectado está limitado a rectificar el mensaje equivocado; es decir, no podrá insertar en la misma nota rectificatoria, como titular o comentario, nuevas apreciaciones o noticias, pues al insistir, revertir o poner en duda la rectificación

146 Diario Regional, Política/Gestión - 7, del 27 de octubre de 2003 (f. 30 del Expediente).

del reclamante, se desvirtuaría la naturaleza de la rectificación., [sic] anulando el contenido esencial de dicho derecho fundamental.

Ello no quiere que el medio de comunicación no pueda emitir opiniones o seguir informando sobre el tema, pero lo que no puede es, en el acto mismo de rectificación, desdeñar el objeto del ejercicio de este derecho fundamental.

Por tal razón, debe exigirse a los medios de comunicación la mayor responsabilidad profesional y objetividad en su ejercicio informativo, y, por ende, también en la forma en que debe realizar la rectificación; léase en la forma publicada o analizada sin calificar ni evaluar el argumento o razones (las supuestas otras verdades) de quien busca la rectificación.

28. En el caso de autos, el recurrente alega que no se produjo una verdadera rectificación toda vez que:

(...) el demandado, el día 27 de octubre del presente año publicó en la página 7 de Política/Gestión del Diario Regional, un comentario de la carta notarial que le dirigí el 21 del mismo mes y año para que rectificara la publicación que hizo el 8 de octubre de 2003, lejos de cumplir con el mandato de la ley, el demandado abusando de su derecho por segunda vez, publicó hechos y opiniones inexactos que perjudicó a mi honor, reputación y buena imagen<sup>147</sup>.

Es decir, el recurrente sostiene que cuando el demandado supuestamente rectificó la noticia, con un artículo publicado el día 27 de octubre de 2003, emitió opiniones y presentó hechos respecto a su caso.

Frente a tal tesis, el demandado considera que pese a que no estaba obligado a rectificación alguna,

(...) por nuestra política informativa de pluralidad y concediéndole el derecho de réplica, el Diario Regional, en su edición N° 2473, del día 27 de octubre [sic] 2003, página 7, publicó la versión de Prudenciano Estrada Salvador, sobre la base de lo manifestado en su Carta Notarial que nos entregaron con fecha 22 de octubre del año pasado, accediendo en parte a su petición<sup>148</sup>.

147 Demanda de amparo (f. 21 del Expediente).

148 Contestación de demanda (f. 40 del Expediente).

29. A entender de este Colegiado, no puede considerarse proporcional ni adecuada la rectificación realizada por el accionado. Una utilización de este tipo de rectificación contradice abiertamente los elementos configuradores que la Constitución le reconoce. Por tal razón, también ha de considerarse fundada la demanda porque no se realizó adecuadamente la rectificación propuesta.

## V. 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 y, en consecuencia, ordena la publicación inmediata de la rectificación solicitada, en los términos señalados en el fundamento 10, *supra*.
2. Establecer como precedente vinculante los fundamentos N.ºs 10 (reglas sobre los tipos de medios en los que se puede solicitar la rectificación), 14 (reglas sobre los requerimientos para el ejercicio del derecho fundamental a la rectificación), 20 (reglas sobre los elementos configuradores que posee) y [sic] 24 y 27 (reglas sobre la forma en que debe ser presentada) de la presente sentencia, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**VERGARA GOTELLI**  
**LANDA ARROYO**

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

El proceso de amparo que sentencia en la fecha el Tribunal Constitucional es ocasión propicia para reiterar que los derechos y libertades que la Constitución reconoce y que diversos tratados sobre derechos humanos proclaman, a partir del 10 de diciembre de 1948, no son irrestrictos ni absolutos, y deben ser ejercidos, responsablemente, siendo sus únicos límites los derechos de los demás.

Desde los orígenes de la humanidad el derecho al honor y a la buena reputación de las personas debió ser un bien tutelado por las sociedades embrionarias. Los agravios motivaban enfrentamientos individuales o tribales, y, en períodos históricos más cercanos, guerras internacionales.

Con el avance de la civilización, la ofensa al honor debía ser reparada con satisfacciones plenas del ofensor al ofendido; o con las armas, en duelos que en no pocos casos concluían con la muerte de uno de ellos.

El duelo, en sus diversas modalidades, fue tipificado en los artículos 171 a 178 del Código Penal de 1924. El Código Penal de 1991 suprimió ese delito, pues si el resultado es muerte o lesiones se sanciona con las penas que corresponden a los respectivos delitos.

Las Constituciones de 1823 (artículo 193), 1828 (artículo 164), 1834 (artículo 160), 1839 (artículo 166), 1860 (artículo 21), 1867 (artículo 20) y 1920 (artículo 21), expresamente declararon que toda persona tenía derecho al honor y a la buena reputación. Las Cartas de 1826 (artículo 143) y de 1931 (artículo 63) sujetaron el ejercicio de libertad de expresión a la responsabilidad fijada por la ley.

Manuel Jesús Orbegoso (“Periodismo”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Fondo Editorial, pág. 153) escribe:

La veracidad. Es la virtud máxima de todo texto periodístico y ya no sólo [sic] de la noticia. La veracidad es una especie de aspiración profesional, la virtud de la cual dependen todos los demás valores. Si una noticia no es veraz, si no está fundamentada en datos que revelan

la exactitud del hecho que le da origen, no solamente no será noticia, sino que se convertirá en un descalabro informativo.

La verdad no tiene como antónimo la mentira, sino el error; por lo tanto, lo antónimo u opuesto por el vértice de la mentira o lo mendaz, es la veracidad; la verdad, se dice, es un concepto filosófico cuyos alcances son inefables; la veracidad es lo comprobable.

Cuando hay una información inexacta está obligado el medio de comunicación a hacer la correspondiente rectificación, si actúa de buena fe; pero si se niega a la rectificación o si la desnaturaliza o desvirtúa estaría procediendo con mendacidad.

La rectificación, además, no excluye la responsabilidad penal. El artículo 132 del Código Penal tipifica el delito de difamación y tiene penalidad agravada si se perpetra mediante un medio de comunicación.

La reincidencia y la habitualidad tienen las sanciones en la cuantía que señalan los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, aplicables desde la vigencia de la Ley N.º 28726.

El Gobierno militar, que usurpó el poder el 3 de octubre de 1968, con el beneplácito de varios medios de comunicación social, dictó el 30 de diciembre de ese año el Decreto Ley N.º 18075, denominado Estatuto de Libertad de Prensa, con diversas disposiciones, incluyendo las relativas al derecho de aclaración y rectificación, de acuerdo con las que:

Artículo 21.º.- Toda persona natural o jurídica que se considere agraviada por cualquier información escrita o gráfica, inserta en una publicación periódica, podrá hacer uso del derecho de aclaración o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones que contempla el presente Estatuto. Podrán también ejercitar este derecho los representantes de legales del agraviado, así como sus herederos.

Artículo 22.º.- El Director del periódico tiene la obligación de insertar gratuitamente y en su integridad la aclaración o rectificación en el número sub - siguiente al día de su entrega, si se trata de publicación diaria, y en el primer número siguiente, si la publicación es de periodicidad dilatada.

Artículo 23.º.- La aclaración o rectificación deberá estar redactada en lenguaje conveniente y circunscribirse al objeto de la aclaración o rectificación. Su inserción se realizará en la misma página y columnaje, con los mismos caracteres tipográficos con que se publicó la información

y, en su caso, con el gráfico pertinente. Si se omite cualquiera de estos requisitos se tendrá por no publicada la aclaración o rectificación.

La aclaración de que se trate no podrá incluir en el mismo número comentarios o apostillas a la aclaración o rectificación.

Artículo 24.º.- En el caso en que sea objetada la redacción o el lenguaje de la aclaración o rectificación el juez de primera instancia resolverá a la sola presentación de la solicitud del reclamante y dentro de las veinticuatro horas si procede o no modificar la redacción, ordenando su inmediata publicación. Esta resolución será inapelable.

El ejercicio de este derecho no requiere firma de letrado, uso de papel sellado, papeletas mutuales, timbres, ni pago arancelario alguno.

Artículo 25.º.- Contra la negativa del director a publicar una aclaración o rectificación, podrá el interesado acudir ante el juez instructor de turno, quien, dentro de las veinticuatro horas, notificará al director para que, dentro del mismo término improrrogable, presente su alegato. Con la absolución de dicho trámite o en su rebeldía, dictará resolución, dentro del segundo día bajo responsabilidad. Esta resolución es inapelable, salvo para el solicitante en caso de denegatoria.

Se tendrá como negativa del director el hecho de no publicar la aclaración o rectificación ordenada por el juez dentro de cuarentiocho horas de notificada la resolución.

El ejercicio de este derecho tampoco requerirá de firma de letrado, papel sellado, papeletas, timbres, ni pago alguno.

Posteriormente, otros Decretos Leyes confiscaron los medios de comunicación social, con el rechazo vibrante de la opinión pública.

Sr.

**ALVA ORLANDINI**

EXP. N.º 4853-2004-PA/TC  
LA LIBERTAD  
DIRECCIÓN REGIONAL  
DE PESQUERÍA  
DE LA LIBERTAD

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, representada por su director, don Rolando Coral Giraldo, contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 38 del cuaderno de apelación, su fecha 7 de setiembre de 2004, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

Con fecha 17 de octubre de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo, así como contra el Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.º 25, de fecha 30 de junio de 2003, expedida por la Sala emplazada en el trámite de un anterior proceso de amparo, seguido contra el Presidente del Consejo Transitorio de Administración Regional y otros.

Solicita asimismo que se deje sin efecto todos los actos posteriores a la referida sentencia, los mismos que están en etapa de ejecución. Sostiene que, en el referido proceso (expediente N.º 1954-02), luego de apelar la resolución de primer grado, sólo [*sic*] se habría dado respuesta a una de las apelaciones; la planteada precisamente por la Dirección Regional de

Pesquería, mas no se hace referencia alguna al recurso interpuesto por el Gobierno Regional de La Libertad. De este modo, según argumenta, se habrían violado sus derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y de defensa.

## **2. Resolución de primer grado**

Mediante Resolución de fecha 5 de enero de 2004, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad rechazó liminarmente la demanda, tras considerar que en el presente caso resultaba de aplicación el artículo 10 de la Ley N<sup>o</sup> 25398, Ley Complementaria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus, la misma que establece que las anomalías que pudieran presentarse dentro de un procedimiento regular, deben resolverse al interior del mismo proceso, no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para dicho propósito.

## **3. Resolución de segundo grado**

A fojas 38 del cuaderno de apelación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema confirmó la apelada, tras considerar que no se había violado el derecho al debido proceso, ya que el demandante había reconocido que la Sentencia cuestionada sí se pronunció sobre los puntos contenidos en su recurso de apelación.

# **III. FUNDAMENTOS**

## **§1. Precisión del petitorio de la demanda**

1. El recurrente solicita, concretamente, que se deje sin efecto la sentencia de fecha 30 de junio de 2003, mediante la cual la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo declaró fundada en parte una demanda de amparo contra el Gobierno Regional de La Libertad, ordenando, en su parte resolutive, que la emplazada cumpliera con reincorporar a don José Luis Castillo Cava en el puesto de chofer de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, tras constatar que se habían vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso. Se trata en consecuencia, de un proceso de “amparo contra amparo” donde además existe una estimación parcial de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia.
2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y tomando en consideración que en el marco de la nueva regulación de los procesos constitucionales existe la necesidad de delimitar los alcances del “amparo contra amparo”, este Colegiado considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, esbozar criterios de observancia obligatoria, los que se precisan a continuación a partir del caso planteado.

**§2. Las reglas del “amparo contra amparo” antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional**

3. En la sentencia recaída en el expediente N.º 200-2002-AA/TC se establecieron cinco reglas para restringir el uso del amparo como medio para cuestionar lo resuelto en otro proceso de amparo. No se trataba en aquella ocasión de prohibir la procedencia de procesos constitucionales contra procesos constitucionales sino de su aceptación, si bien sujeta a específicas situaciones. Así se dijo que sólo [sic] es posible admitir un “amparo contra amparo”:
  - a) Cuando la violación al debido proceso resulte manifiesta y esté probada de modo fehaciente por el actor;
  - b) Cuando se hayan agotado todos los recursos al interior del proceso que se cuestiona y aquellos hayan resultado insuficientes para el propósito corrector;
  - c) Cuando lo solicitado no se encuentre relacionado con lo decidido sobre el fondo, puesto que con el segundo amparo sólo [sic] se puede poner en tela de juicio cuestiones estrictamente formales;
  - d) Cuando el nuevo proceso de amparo no intenta revertir una sentencia definitiva estimatoria, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; y
  - e) Cuando se trate de resoluciones emitidas por el Poder Judicial, mas no de aquellas emanadas del Tribunal Constitucional.
4. Toda vez que las reglas mencionadas fueron elaboradas por la jurisprudencia constitucional en el marco de la legislación anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional considera imperioso evaluar si las mismas reglas deben ser convalidadas en el marco de la nueva legislación sobre los procesos constitucionales; o si, por el contrario, resulta oportuno realizar un redimensionamiento del “amparo contra amparo” o, eventualmente, limitar sus posibilidades a los extremos en que sea absolutamente necesario para restablecer el ejercicio de los derechos fundamentales que hayan sido arbitrariamente violados en el trámite del proceso judicial.

### §3. *Fundamento constitucional del “amparo contra amparo”*

5. En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar “(...) una resolución firme recaída en otro proceso constitucional (...)”.

No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que “(...) la posibilidad del “amparo contra amparo” tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo “(...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales *emanadas de procedimiento regular*”. A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que “(...) cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional(...)” (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N.º 3846-2004-PA/TC).

### §4. *El “amparo contra amparo”: su naturaleza excepcional*

6. Aceptada la tesis de la procedencia del “amparo contra amparo”, debe precisarse de inmediato que ello sólo [*sic*] es admisible de manera excepcional. Se debe tratar de una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, por acciones u omisiones de los órganos judiciales que permitan al Tribunal Constitucional constatar fácilmente que dichos actos u omisiones trascienden el ámbito de la legalidad y alcanzan relevancia constitucional, de modo que su uso no puede habilitarse para cuestionar deficiencias procesales de naturaleza legal o, eventualmente, para suplir negligencias u omisiones en la defensa de alguna de las partes. Se debe tratar, en consecuencia, de violaciones acreditadas fehacientemente a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales durante el trámite de un proceso constitucional y que tengan directa vinculación con la decisión final de las instancias judiciales.
7. Dada la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales el “amparo contra amparo” se configura como una excepción dentro de la excepción, por lo que los jueces deben valorar la intensidad de la

afectación y el nivel de acreditación que se presente a efectos de no permitir que cualquier alegación pueda merecer una nueva revisión de los procesos constitucionales. Este Colegiado considera pertinente dejar establecido que su uso excepcional sólo [sic] podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante. Varias son las razones de orden jurídico e institucional que respaldan esta tesis:

- a) El principio de seguridad jurídica, indispensable para el goce y disfrute de los derechos y libertades en el Estado democrático, en la medida en que permitir amparos sucesivos generaría una permanente inestabilidad e inseguridad en los justiciables;
- b) El principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, sobre todo cuando en los procesos constitucionales se trata de restablecer situaciones producidas a consecuencia de afectaciones a los derechos constitucionales;
- c) El principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos. Esto está, además, íntimamente vinculado a los principios de sumariedad o urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales, en la medida en que dejar abierta la posibilidad de amparos sucesivos, terminaría por desnaturalizar el carácter mismo de los mecanismos destinados a proteger en forma oportuna y eficaz los derechos más importantes en la sociedad democrática;
- d) Finalmente y, en todo caso, quien considere que, después de haberse resuelto un proceso de “amparo contra amparo”, persiste una situación de lesión a un derecho fundamental, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte, tal como lo dispone el artículo 205 de la Constitución y el artículo 114 del Código Procesal Constitucional.

### **§5. *Los supuestos procesales y sustanciales del “amparo contra amparo”***

8. Una de las reglas que se estableció en el expediente N.º 200-2002-AA/TC, para la procedencia del “amparo contra amparo”, señalaba que sólo [sic] ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que aquellas no tengan carácter favorable para la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada. Ésta [sic] fue una regla elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N.º 23506, que establecía que “la

resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente”.

9. Al respecto el Tribunal considera necesario adecuar esta regla a efectos de optimizar la defensa del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales en un determinado proceso. En efecto, la estimación de una pretensión en un proceso constitucional no puede llevar a suponer, sin más, que en la tramitación de este haya desaparecido por completo cualquier posibilidad de afectación a los derechos fundamentales, generándose de esta manera un ámbito exento de control por parte del Tribunal Constitucional. En otras palabras, el “amparo contra amparo” no debe habilitarse en función de que el fallo en el primer amparo sea estimatorio o desestimatorio, sino en función de si puede acreditarse o no un agravio manifiesto a los derechos constitucionales a consecuencia de la actuación de los propios jueces constitucionales y cuya intensidad sea tal que desnaturalice la propia tutela que deba prestarse a través de su actuación.

10. De este modo en principio es razonable que tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado, cuando se acredite que en la tramitación se haya producido una violación manifiesta a un derecho constitucional, el “amparo contra amparo” resulta una opción válida a efectos de optimizar la defensa de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, sin que su uso pueda suponer, paradójicamente, una nueva afectación. No obstante, conviene aquí analizar si el “amparo contra amparo” es la única vía posible para el control constitucional de las decisiones estimatorias de segundo grado que resulten lesivas de los derechos fundamentales o que desconozcan la doctrina constitucional o, llegado el caso, los propios precedentes del Tribunal Constitucional. El Tribunal abordará en los fundamentos siguientes los supuestos en los que cabe un nuevo amparo, para luego y a partir de la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución explorar las posibilidades del propio recurso de agravio como mecanismo más efectivo para el control de las decisiones estimatorias de segundo grado que son dictadas en desacato directo a un precedente constitucional.

#### ***§5.1. Primer supuesto: sentencias estimatorias de segundo grado que afectan derechos fundamentales***

11. Conforme ha quedado establecido hasta este punto, en el trámite de los procesos constitucionales, las decisiones estimatorias de segundo grado pueden también, eventualmente, ser dictadas con manifiesto

- agravio a algunos de los derechos constitucionales protegidos a través del proceso de amparo. En este caso, el hecho de que se haya dictado una sentencia de segundo grado estimando la pretensión contenida en la demanda de amparo, no la hace *per se* inimpugnable a través de un nuevo proceso de amparo.
12. En consecuencia el primer supuesto en el que se plantea la necesidad de un nuevo proceso de amparo es la invocación y consiguiente acreditación de un agravio manifiesto en el ámbito del contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional, producido en el trámite de un proceso de amparo. Tal afectación debe ser de tal intensidad que desnaturalice la propia decisión estimatoria, volviéndola inconstitucional y por tanto, carente de la condición de cosa juzgada en la que formalmente se pueda amparar.
  13. En este punto conviene precisar que conforme tiene establecido este Tribunal (Exp. N.º 3179-2004-AA/TC), la protección de los derechos fundamentales vía un nuevo proceso de amparo no se agota en los aspectos formales, toda vez que el “amparo contra amparo” comparte el mismo potencial reparador cuando se trata de la afectación de cualquier derecho fundamental; esto es, “(...) comprender residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y hábeas data)”<sup>149</sup>. De este modo un proceso judicial resulta tanto irregular si viola el debido proceso formal y la tutela judicial efectiva, como cuando penetra de forma arbitraria o irrazonable en el ámbito constitucionalmente protegido de cualquier otro derecho fundamental.
  14. Sólo [*sic*] así los derechos fundamentales alcanzan verdadera eficacia normativa vertical, vinculando a todos los poderes del Estado, incluidos los órganos del Poder Judicial. Esto además en el entendido de que el ámbito de protección del proceso constitucional de amparo no se limita solamente a la tutela del derecho al debido proceso, sino que se extiende de conformidad con el artículo 200.2 de la Constitución a todos aquellos derechos fundamentales que no son objeto de tutela por el proceso constitucional de hábeas corpus y hábeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el “amparo contra amparo” se reduzca sólo [*sic*] a los aspectos formales del debido proceso.

---

149 Fundamento Jurídico N.º 12.

## **§5.2. Segundo supuesto: sentencias estimatorias que desconocen la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

15. Asimismo resulta razonable el uso de un segundo proceso constitucional para restablecer el orden jurídico constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales que pueda verse afectado con una estimatoria de segundo grado, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo [*sic*] se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.
16. Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente

ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado.

**§5.3. Tercer supuesto: decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de terceros que no han intervenido en el proceso y del recurrente que no ha tenido ocasión de interponer el respectivo recurso de agravio**

17. Conforme se ha sostenido, uno de los argumentos que respaldan la posibilidad de interponer una nueva demanda de amparo contra las resoluciones estimatorias de segundo grado, provenientes de otro proceso de amparo, se sustenta en el mandato constitucional (arts. 201 y 202) que habilita al Tribunal como contralor último de la Constitución y defensor “definitivo” de los derechos fundamentales. Tales prerrogativas se concretan a través de un nuevo proceso de amparo siempre que se observen los presupuestos constitucionales que para ello se establecen en la presente sentencia.
18. No obstante, si bien es cierto que, tratándose de resoluciones desestimatorias siempre está abierta la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional (artículo 18 del Código Procesal Constitucional), permitiendo en estos casos que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie en última y definitiva instancia, también lo es que los terceros que resulten afectados ilegítima y directamente por dichas resoluciones no tendrían tal posibilidad en la medida en que su actuación como parte en el proceso haya sido denegada o simplemente no haya podido ser acreditada por desconocimiento de dicho trámite judicial. En consecuencia, el “amparo contra amparo” abre la posibilidad, en estos supuestos, de que las alegaciones de violación de derechos puedan ser evaluadas en un nuevo proceso constitucional y, de este modo, se pueda acceder a un pronunciamiento final y definitivo por parte del supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales, si la pretensión es denegada en las instancias judiciales.
19. En este sentido el “amparo contra amparo” habilita al tercero afectado, cuya participación haya sido rechazada en el primer amparo, o cuando, por desconocimiento probado, éste [*sic*] no haya tenido ocasión de solicitar su intervención en el trámite del primer proceso. En estos supuestos, dentro del plazo que establece el artículo 44 del Código Procesal Constitucional para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, el tercero afectado en el ejercicio de sus derechos fundamentales a consecuencia de la decisión desestimatoria, puede presentar un nuevo amparo cuestionando dicha decisión, siempre que esta no haya sido confirmada por el

Tribunal Constitucional, tras haberse interpuesto el respectivo recurso de agravio constitucional.

20. Por ello se puede admitir un nuevo amparo frente a una resolución desestimatoria de segundo grado en los siguientes supuestos: (1) el caso del tercero que no ha participado en el primer proceso, bien por no haber sido admitido como parte en el primer amparo, pese a contar con los presupuestos procesales para ello, bien por desconocimiento del trámite al no habersele notificado como correspondía en su calidad de litisconsorte necesario. En este supuesto, la decisión desestimatoria de segundo grado le ha producido agravio sin que pueda ejercer su derecho de defensa; y (2) el caso de quien, habiendo sido parte en el proceso, no ha podido interponer el recurso de agravio en su oportunidad, sea por no habersele notificado oportunamente la sentencia desestimatoria o porque, pese a haber sido notificado, no ha podido conocer de su contenido por alguna imposibilidad material debidamente acreditada.
21. Hasta aquí el “amparo contra amparo” ha sido presentado como un medio excepcional que debe admitirse por única vez con el propósito de que, tras el manto de la cosa juzgada o de la firmeza de una decisión de segundo grado, no se cobijen violaciones más perjudiciales a los derechos de alguna de las partes del proceso o, incluso de terceros, en los términos expuestos *supra*. Asimismo, hemos señalado que procede también un nuevo amparo cuando mediante decisiones estimatorias se desconozca la doctrina constitucional de este Colegiado en su rol de defensa de la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. Resta por analizar la forma en que debe asumirse la defensa del orden constitucional o la restitución en el ejercicio de los derechos fundamentales a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado que haya sido dictada en desacato flagrante a un precedente constitucional establecido por este Colegiado en su actuación como Tribunal de Precedentes, al amparo del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

#### **§6. El recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias de segundo grado que violan el orden jurídico constitucional**

22. La defensa de los derechos fundamentales así como del orden jurídico constitucional que corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional, requiere de mecanismos procesales efectivos para que éste [*sic*] actúe oportunamente en los procesos constitucionales. La autonomía procesal de que se ha venido dotando este Colegiado a través de su propia jurisprudencia (Cfr. entre otros: Exp. 045-2004-AI/TC, 025-2005-AI/TC, Auto de admisibilidad), refleja la necesidad

- de consolidar una serie de instrumentos y mecanismos procesales que permitan una mayor protección de los derechos a través de los procesos constitucionales. A este respecto, conviene ahora analizar si un nuevo proceso de amparo es un medio efectivo para controlar la posibilidad de violación del orden jurídico constitucional que se haya producido a consecuencia de una decisión estimatoria de segundo grado, dictada en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante expresado en los términos del artículo VII del Código Procesal Constitucional.
23. El Tribunal considera que, si bien hasta la fecha la jurisprudencia constitucional ha venido interpretando que una decisión “denegatoria” es aquella que declara infundada o improcedente en segundo grado un proceso constitucional, tal interpretación se venía realizando en un contexto en el que no existía una disposición como la que ahora se recoge en el artículo VII del Título Preliminar del C.PConst., que establece el carácter de precedente constitucional vinculante a determinadas decisiones del Tribunal Constitucional, las que no pueden ser desconocidas bajo ningún supuesto por el Poder Judicial, al disponer que su modificación o variación sólo [sic] corresponde al propio Tribunal.
24. Es en este contexto donde se aprecia con mayor claridad la necesidad de optimizar la defensa del orden jurídico constitucional a través de los procesos constitucionales, en especial a través del propio recurso de agravio constitucional de modo que una decisión estimatoria de segundo grado, emitida en el marco de un proceso constitucional, no pueda convertir en “cosa juzgada” una decisión judicial emitida en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante de este Colegiado, infringiéndose de este modo el propio carácter de norma suprema que corresponde a la Constitución y cuya interpretación final está a cargo de este Colegiado.
25. El Tribunal considera que una decisión judicial emitida sin tomar en cuenta los precedentes vinculantes del supremo intérprete de la Constitución aplicables al caso, viola el orden constitucional y debe ser controlado por este Colegiado a través del propio recurso de agravio, que debe habilitarse en este supuesto como el medio procesal más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución, alterada tras una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional. Este Colegiado estima por tanto que debido a la naturaleza del agravio y la objetividad de su constatación, en la medida en que los precedentes son reglas precisas y claras que no admiten un juego interpretativo por parte de los jueces, relegar su control al trámite de un nuevo proceso de amparo resultaría en el mejor de los casos inadecuado.

## §6.\* El Recurso de Agravio Constitucional a favor del precedente

26. Si bien el artículo 202.2 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones *denegatorias* de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento”, una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo de la justicia constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales que corresponde, en última instancia, al Tribunal Constitucional conforme al artículo 201 de la Constitución y al artículo 1 de su propia Ley Orgánica (Ley N.º 28301).
27. Como ya ha quedado establecido *supra*, una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional afecta los derechos fundamentales y el propio orden jurídico constitucional cuando es emitida contra la expresa interpretación constitucional que haya realizado este Colegiado de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia, o también, como ya ha ocurrido<sup>150</sup> cuando es emitida en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante. Respecto de las afectaciones de los derechos fundamentales en general (incluido los terceros), así como respecto del eventual desacato a las interpretaciones de este Colegiado contenidas en su doctrina jurisprudencial, este Tribunal ha sostenido que debe habilitarse para ello la interposición por única vez de un segundo amparo. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de un contencioso mínimo donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una nueva evaluación de la decisión por parte del propio Poder Judicial en sus dos instancias. Sin embargo este Tribunal entiende que no es necesario dicho trámite contradictorio cuando la alegación esté referida al desacato manifiesto y claro a un precedente vinculante, establecido en tales términos por el propio Tribunal.

### §6.1. Sobre la interpretación constitucional del término “denegatorio” del artículo 202.2 de la Constitución

28. La concepción de la Constitución como norma jurídica vinculante trae consigo el carácter, también vinculante, de su interpretación por parte

\* En los fundamentos de la presente sentencia del Tribunal Constitucional, extraído de la página web del Tribunal Constitucional, se lee: §6., §6.1., §6.2., §7., §8., debiendo decir: §7., §7.1., §7.2., §8., §9.

150 Así por ejemplo, en el caso de la constitucionalidad de las Leyes N.ºs 25153 y 27796, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional en las SSTC N.ºs 9165-2005-PA/TC, 4227-2005-PA/TC y 1436-2006-PA/TC; estas decisiones han venido siendo desatendidas por las instancias judiciales, lo que ha generado pronunciamientos vía amparo para restablecer las violaciones producidas. Cfr. por todos la decisión de este Colegiado en el Expediente N.º 04245-2006-AA/TC.

del Tribunal. El problema de la interpretación constitucional se configura de este modo como un problema relativo a la fuerza vinculante de los contenidos de la Constitución. Dichos contenidos, es sabido, dada la naturaleza pluralista de la sociedad democrática de la que intenta ser reflejo la Constitución, son en muchos casos ambiguos, indeterminados, vagos, abiertos. En suma, la interpretación constitucional es, en este sentido, una labor de “concretización” y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la “ejecución” de determinada cláusula constitucional.

29. Como actividad racional la interpretación constitucional se orienta por una serie de métodos y estrategias que deben coadyuvar a su corrección. Sobre el particular este Colegiado ha precisado una serie de principios que deben permitir establecer los contenidos correctos de la Constitución, a saber: a) el principio de unidad de la Constitución en su interpretación; b) el principio de concordancia práctica; c) el principio de corrección funcional; d) el principio de función integradora; e) el principio de fuerza normativa de la Constitución; f) el principio de irreversibilidad de la tutela que otorga la Constitución; entre otros.
30. Especialmente relevantes para lo que aquí interesa son los principios de concordancia práctica y corrección funcional. Mediante el primero “(...) *toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución)*”.

En cambio mediante el principio de corrección funcional se exige que el juez constitucional, “(...) *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*”<sup>151</sup>.

151 Cf. STC. 5854-2005-AA/TC, FJ 12.

31. Son precisamente estos principios los que deben ayudarnos ahora a concretar los alcances de lo que debe entenderse por el término “resoluciones denegatorias” a tenor del artículo 202.2 de la Constitución. Dicha disposición interpretada en forma literal como se ha venido haciendo en la jurisprudencia y también en la doctrina, genera, como se ha adelantado, la posibilidad de que los jueces del Poder Judicial puedan eventualmente estimar una demanda de amparo al margen de los precedentes de este Colegiado, sin que ello pueda ser objeto de control constitucional, lo que en última instancia supone desatender el carácter vinculante de la propia Constitución. De este modo mientras que el principio de concordancia práctica permite buscar un significado de la norma fundamental que optimice tanto la defensa de los derechos como la supremacía de la Constitución, el principio de corrección funcional por su parte nos recuerda que una interpretación literal de tal disposición impediría que este Colegiado pueda ejercer precisamente la función que constitucionalmente le corresponde, esto es, asumir su rol de intérprete supremo de la Constitución y ser “definitiva instancia” en materia de tutela de los derechos fundamentales.
32. Por ello, cuando el artículo 202.2 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia de las “denegatorias” en los procesos constitucionales ello no debe ser interpretado como que está proscrita por la Constitución la revisión por este Colegiado, vía recurso de agravio constitucional, de una decisión estimatoria de segundo grado cuando ésta [*sic*] haya sido dictada en desacato de algún precedente constitucional vinculante, emitido por este Colegiado. El concepto “denegatorio” requiere pues de un nuevo contenido a la luz de los principios de interpretación constitucional y de la doble dimensión que expresan los derechos fundamentales y su tutela por parte de este Colegiado en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho.

### **§6.2. La doble dimensión y finalidad de los procesos constitucionales y sus consecuencias en la interpretación del artículo 202.2 de la Constitución**

33. Como ha precisado este Colegiado, “[...] en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo [*sic*] la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la tutela objetiva de la Constitución. La protección de los derechos fundamentales no sólo [*sic*] es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión también supone una afectación del propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como

- el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales, siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro” (Exp. 023-2005-AI/TC FJ [sic] 11).
34. Esta doble dimensión y finalidad en que se expresan y a la que sirven los procesos constitucionales debe también servir como premisa metodológica o conceptual a la hora de interpretar el artículo 202.2 que habilita la competencia del Tribunal Constitución vía el recurso de agravio constitucional a que se refiere el artículo 18 del C.P.Const. En tal sentido lo *denegatorio* a que hace referencia la disposición constitucional no debe entenderse sólo [sic] en su dimensión subjetiva, esto es, referido sólo [sic] y puntualmente a la pretensión de quien interpone la demanda de amparo, puesto que también resulta *denegatoria de tutela constitucional* una decisión que respondiendo de manera estimatoria la pretensión contenida en la demanda de amparo, sin embargo desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto, orden a los que corresponden en su máxima jerarquía los precedentes vinculantes de este Colegiado. Como sostiene Peter Häberle<sup>152</sup>, “(...)la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo [sic] es una faceta del recurso de amparo”; otra faceta tan o más importante es la referida a la tutela del propio orden objetivo de valores y del orden constitucional en su conjunto, esto es “asegurar el derecho constitucional objetivo y servir a su interpretación ¡y perfeccionamiento!” [sic]. De este modo los procesos constitucionales no sólo [sic] tienen como finalidad la respuesta a concretas demandas de las partes, sino también la tutela del orden jurídico constitucional cuya interpretación definitiva corresponde a este Tribunal.
35. En consecuencia cuando el artículo 202.2 de la Constitución no hace expresa referencia a la competencia de este Tribunal para conocer el caso de las sentencias estimatorias de segundo grado, tal silencio sólo [sic] supone una presunción *iuris tantum* a favor de la constitucionalidad de dichas decisiones, mas no su imposibilidad de control vía el recurso de agravio constitucional cuando se haya dictado al margen del orden jurídico constitucional, descatando un precedente

152 Häberle, Peter: «El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional». En Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 257.

vinculante. De ahí que la precisión establecida en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, en el sentido de que el recurso de agravio procede contra “la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda”, en la medida en que sólo [sic] hace referencia a la dimensión subjetiva del concepto de decisión judicial “denegatoria” (esto es referido a la pretensión contenida en la demanda) y no a la dimensión objetiva (esto es referida al respeto de los derechos fundamentales y el orden constitucional en su conjunto); no puede decirse que limita las posibilidades del recurso de agravio, también tratándose de decisiones estimatorias que sean abiertamente ilegítimas, por desconocer el carácter de órgano supremo de control de constitucionalidad de este Colegiado (art. 201 de la Constitución y 1 de su Ley Orgánica), así como la consecuente potestad de dictar precedentes vinculantes reconocida en el artículo VII del título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

36. En cualquier caso el Tribunal considera que tal disposición del Código Procesal Constitucional debe ahora complementarse con la interpretación constitucional que con carácter vinculante realiza este Colegiado en la presente sentencia, con ánimo de no generar zonas de intangibilidad a la labor de control de parte del máximo intérprete de la Constitución y, al mismo tiempo, en el entendido de que una interpretación como la planteada optimiza de mejor forma la protección de los derechos constitucionales tal como exige el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que cuando se generen vacíos o defectos en la interpretación de dicha norma, estos deben ser solucionados aplicando supletoriamente otros Códigos Procesales afines “siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo”.
37. Cabe señalar que además de los argumentos aducidos, la posibilidad de habilitar vía interpretación constitucional el recurso de agravio en el caso de desacatos a los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por este Colegiado, concretados a través de una decisión judicial estimatoria de segundo grado, se apoya en los siguientes fundamentos:
  - a) En primer lugar, la posición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales. Una interpretación literal y restrictiva del artículo 202.2 de la Constitución impediría que frente a un desacato a los precedentes vinculantes del máximo intérprete constitucional éste [sic] pueda intervenir a través del recurso natural establecido con tal propósito, como es el recurso de agravio.

- b) En segundo lugar, la defensa del principio de igualdad. Esto en la medida en que la interpretación propuesta permite que la parte vencida pueda también, en igualdad de condiciones, impugnar la decisión que podría eventualmente ser lesiva de sus derechos constitucionales y que sin embargo de no aceptarse el recurso de agravio, tratándose de una estimatoria de segundo grado, no tendría acceso a “la última y definitiva instancia”, *ratione materiae* que corresponde al Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos. Tratándose de un proceso de amparo entre particulares, esta situación resulta especialmente relevante puesto que una interpretación literal del artículo 202.2 sólo [sic] permite acceso al demandante vencedor en segunda instancia, mas nunca al empleado, que puede ser vencido arbitrariamente en segunda instancia, y además, desconociendo los precedentes del Tribunal Constitucional.
- c) En tercer lugar, la interpretación propuesta al no optar por un nuevo proceso para reivindicar el carácter de intérprete supremo y Tribunal de Precedentes que ostenta este Colegiado (art. 1 de su Ley Orgánica y art. VII del C.P.Const.), ha optado por la vía más efectiva para la ejecución y vigencia de sus propios precedentes. El Tribunal actúa de este modo, como lo manda la propia Constitución (art. 201), en su calidad de máximo intérprete constitucional, con autonomía e independencia para hacer cumplir sus precedentes como parte indispensable del orden jurídico constitucional.
38. De este modo y en definitiva la actuación del Tribunal Constitucional, vía el recurso de agravio, tiene por finalidad restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales, los que se verían transgredidos si un juez desconoce, de modo manifiesto, los precedentes vinculantes de este Colegiado que, conforme al artículo 1 de su Ley Orgánica, es el supremo intérprete de la norma fundamental del Estado y de los derechos fundamentales. Se trata en definitiva del recurso de agravio a favor de la protección y de la interpretación constitucional de los derechos que realiza, en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 202.2) de la Constitución, labor que se concreta de manera objetiva en sus precedentes vinculantes.

### §7. *Las nuevas reglas del “amparo contra amparo”*

39. Sentado lo anterior resulta necesario establecer las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, tanto del “amparo contra amparo” como también respecto del recurso de agravio constitucional a favor del precedente. Estas reglas deben ser

interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales *pro homine* y *pro actione*, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

- A) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.
- B) **Regla sustancial:** Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) **Objeto.-** Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

- a) La *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.
- b) La *resolución desestimatoria de la demanda*, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta [*sic*] haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste [*sic*], por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

- c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.
- (2) **Pretensión.**- El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo [*sic*] si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo contra amparo” por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.
- (3) **Sujetos legitimados.**- Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo contra amparo” son las siguientes:
- a) Frente a la *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo contra amparo” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.
- b) Frente a la *resolución denegatoria* de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta [*sic*] haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el

contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de “amparo contra amparo” el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado *supra*, sólo [*sic*] se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

- (4) **Juez competente.**- A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior *justicia* y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

### §8. *La reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente*

40. A partir de lo desarrollado *supra*, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

- A) Regla procesal:** El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.
- B) Regla sustancial:** El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico

constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

41. Por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley.

### ***§10. Vigencia de las nuevas reglas y su aplicación al presente caso***

42. En el presente caso la resolución judicial impugnada es precisamente una resolución estimatoria en un proceso de amparo. Esto permite, en primer término, advertir que, conforme a las reglas establecidas por este Tribunal en la sentencia del expediente 200-2001-AA/TC, la demanda debe ser declarada improcedente, debido a que, de acuerdo con una de las reglas establecidas en dicha ejecutoria, no era posible cuestionar mediante un nuevo proceso de amparo una sentencia estimatoria.
43. El Tribunal Constitucional considera no obstante que la aplicación de las nuevas reglas al presente caso no alterarán sustancialmente la respuesta que deba dar este Colegiado al caso planteado, permitiendo, por otro lado, ingresar a analizar el fondo de la pretensión a fin de que se establezca como precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
44. Se aprecia de autos que si bien no se ha adjuntado al expediente las piezas procesales que permitan establecer, de modo fehaciente, que el recurrente denunció en su oportunidad las presuntas violaciones de sus derechos constitucionales, dicha falencia puede suplirse en este caso, en la medida en que según manifiesta dicha afectación habría ocurrido precisamente al tramitarse la apelación, donde según menciona, “de manera totalmente irregular, arbitraria e ilícita, no se da trámite al recurso de apelación que se interpuso, contra la sentencia,

el Gobierno Regional de la Libertad, corriendo en autos únicamente el recurso de apelación interpuesto por José Teutico León Colonia, abogado de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad”.

45. La presunta afectación que reclama en este caso no se habría perpetrado en contra del recurrente de este segundo proceso de amparo, sino, en el mejor de los casos, en contra del Gobierno Regional de La Libertad, puesto que, según su propia afirmación, el recurrente no habría recibido respuesta respecto de su recurso de apelación en el proceso de amparo cuestionado. Sin embargo, a fojas 3 del expediente obra la respuesta que da el órgano jurisdiccional a un pedido de nulidad de la Sentencia del primer amparo, de donde se desprende que incluso el Gobierno Regional de La Libertad habría formulado no sólo [*sic*] un recurso de apelación sino que la mencionada resolución constituye la respuesta a un pedido de nulidad del mencionado Gobierno Regional, rechazándolo por intentar cuestionar la decisión de fondo de la sentencia. En consecuencia, no se aprecia violación alguna del contenido constitucionalmente protegido de los derechos que invoca el recurrente.

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 autos.
2. Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” expuestos en el fundamento N.º 39, así como las reglas indicadas para la admisión del recurso de agravio a favor del precedente a que se refiere el fundamento N.º 40 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO**  
**GONZALES OJEDA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 00061-2008-PA/TC  
LIMA  
RÍMAC INTERNACIONAL  
COMPAÑÍA DE SEGUROS  
Y REASEGUROS S.A.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de enero de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia:

### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 60 del cuaderno de apelación, su fecha 28 de setiembre de 2007, que, confirmando la apelada, declaró improcedente, *in limine*, la demanda de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

Con fecha 16 de octubre de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, a cargo del magistrado Freddy Escobar Arquíñego, y contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, integrada por los magistrados Alejandro Páucar Félix, César Solís Macedo y Hernando Cáceres Casanova, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 14 de junio de 2006, emitida por el Juzgado emplazado, y de la sentencia de fecha 25 de agosto de 2006, emitida por la Sala emplazada, en el trámite de un anterior proceso de amparo iniciado por don Ysidoro Altamirano Puppi, en el que se declaró fundada su demanda de amparo, ordenándose que se le otorgue una pensión vitalicia conforme a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias.

Sostiene que con las sentencias emitidas en el anterior proceso de amparo, recaídas en el Exp. N.º 3141-2005, se han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que los magistrados emplazados no han tomado en cuenta que la pretensión demandada conforme al artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA tenía que ser ventilada en una etapa conciliatoria, y de ser el caso, en un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, debido a que el proceso de amparo por carecer de estación probatoria no constituía la vía idónea para dilucidar la pretensión del demandante.

## **2. Resolución de primer grado**

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha 8 de noviembre de 2006, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que las sentencias cuestionadas han sido emitidas dentro de un proceso regular, en donde Rímac Internacional ha hecho uso de los recursos legales para cuestionarlas e impugnarlas; y que la desestimación de la excepción de convenio arbitral tiene como sustento la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC.

## **3. Resolución de segundo grado**

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma la apelada por los mismos fundamentos.

### **III. FUNDAMENTOS**

#### **§.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas**

1. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de:
  - a. La Resolución N.º 5, de fecha 14 de junio de 2006, dictada por el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N.º 2005-03141-0-1401JR-CI-01, en la que se estima la demanda de amparo interpuesta por don Ysidoro Altamirano Puppi contra Rímac Internacional y se declaran infundadas las excepciones de arbitraje, prescripción y falta de legitimidad para obrar; ordenándosele a Rímac Internacional que le otorgue una pensión vitalicia por enfermedad profesional, con arreglo a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.
  - b. La Resolución N.º 9, de fecha 25 de agosto de 2006, dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en la

que se desestima el recurso de apelación interpuesto por Rímac Internacional y se confirma la parte resolutive de la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica.

2. En su demanda, Rímac Internacional alega que las sentencias cuestionadas han vulnerado sus derechos a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que:

(...) para tramitar la pretensión ventilada en el proceso de amparo en el cual se han emitido las sentencias cuya nulidad demandamos, existe un procedimiento regular establecido por la ley de la materia, específicamente el Art. 09 del D.S. N.º 003-98-SA (...) que dispone una etapa conciliatoria y, de ser el caso, un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (...).

Asimismo, considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales porque:

Al haberse declarado fundada la demanda desestimándose la excepción de arbitraje deducida por nuestra parte el referido proceso de amparo es irregular pues justamente desconoce la existencia de una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para tramitar el derecho controvertido (...).

3. Pues bien, ha de subrayarse que el presente caso se trata de un proceso de “amparo contra amparo” donde además existe una estimación total de la pretensión por parte del Poder Judicial en segunda instancia. Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si la demanda cumple los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” expuestos en el fundamento 39 de la STC 4853-2004-PA/TC.
4. Asimismo, este Tribunal Constitucional considera pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, reiterar y esbozar criterios de observancia obligatoria respecto del arbitraje previsto en la normativa del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), debido a que nuestra decisión ha de centrarse en determinar si el arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA constituye la jurisdicción predeterminada por la ley, para ventilar pretensiones referidas al otorgamiento de una pensión de invalidez por accidente de trabajo o enfermedad profesional conforme a la Ley N.º 26970 y sus normas complementarias y conexas.

## §.2. Reglas para la procedencia de una demanda de “amparo contra amparo”

5. Como se ha señalado en el fundamento precedente, este Tribunal en la STC 4853-2004-PA/TC ha establecido cuáles son las nuevas reglas que el juez constitucional debe observar para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”. En el presente caso, es la regla contenida en el fundamento 39.a de la sentencia referida, por tratarse de una sentencia de segundo grado que estima la pretensión contenida en la demanda de amparo.
6. En tal sentido, se debe determinar si estamos ante una *resolución estimatoria* ilegítima de segundo grado emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecidos en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.
7. Pues bien, para determinar la ilegitimidad de la sentencia de segundo grado y, por ende, de la de primer grado, debido a que la confirma íntegramente, es necesario, en principio, determinar la constitucionalidad del arbitraje previsto en el marco normativo del SCTR, ya que las alegaciones de Rímac Internacional se basan en que las sentencias cuestionadas son ilegítimas porque declararon infundada la excepción de arbitraje.

## §.3. El arbitraje en el marco normativo del SCTR

8. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Así, en su artículo 9.º se establece que:

*La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N.º 006- 97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE*

*NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS.*

Asimismo, en su artículo 25.º se señala:

*(...) artículo 25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.*

*25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.*

*25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.*

9. Pues bien, hecha esta transcripción de los artículos del Decreto Supremo N.º 003-98-TR que regulan el arbitraje en el SCTR, hemos de determinar si su regulación es constitucional o inconstitucional. Antes de proceder al examen de la constitucionalidad de los artículos del Decreto Supremo N.º 003-98-TR que regulan el arbitraje en el SCTR, conviene precisar que la cuestión planteada no consiste en determinar si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que sin duda lo es, y así lo hemos reconocido en la STC 6167-2005-PHC/TC.

**§.3.1. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA**

10. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional en la STC 10063-2006-PA/TC, cuyas reglas fueron elevadas a precedente vinculante por las SSTC 6612-2005-PA y 10087-2005-PA, ya se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad, por

considerar que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural. En este sentido, se estableció en el fundamento 120 de la STC 10063-2006-PA/TC, (caso Padilla Mango):

(...) a los asegurados y beneficiarios del SCTR no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9.º del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución, ya que en este caso el convenio arbitral nace *ex lege* y no a consecuencia de la autonomía de voluntad de los asegurados y beneficiarios. Es más, al imponérsele obligatoriamente el arbitraje a los asegurados y beneficiarios del SCTR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural.

11. Así pues, el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA establece un arbitraje obligatorio para los asegurados y beneficiarios del SCTR, eliminándoles la posibilidad de poder acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y a sus normas complementarias y conexas. De allí que este Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de la STC 6167-2005-PHC/TC haya establecido 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.
12. Precedente vinculante 1: El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA.
  - a. **Regla procesal**: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
  - b. **Regla sustancial**: Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, y la emplazada

proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

### §3.2. El arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

13. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9.º, el previsto en el artículo 25.º es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
14. En principio, este Tribunal Constitucional considera que el arbitraje voluntario tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Sin embargo, este Tribunal Constitucional considera que el arbitraje voluntario para que sea constitucional debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.
15. Precedente vinculante 2: El arbitraje previsto en el artículo 25.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA.
  - a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
  - b. **Regla sustancial:** Para que el arbitraje voluntario sea constitucional, en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
4. Que contra el laudo arbitral caben los recursos que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

16. Conviene precisar que el ofrecimiento de la prueba que demuestre el cumplimiento de las reglas referidas en el fundamento precedente le corresponde al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, bajo responsabilidad. Asimismo, debe destacarse que las reglas establecidas son de aplicación para los procesos arbitrales que se van iniciar y para los que están en trámite, mas no para los procesos que ya cuentan con un laudo arbitral.

#### §.4. Análisis de la controversia

17. En el presente caso, de la revisión de las sentencias cuestionadas obrantes de fojas 26 a 31, se desprende que los emplazados para desestimar la excepción de arbitraje utilizaron como fundamento lo señalado por este Tribunal Constitucional en la STC 3746-2004-AA/TC, es decir, que actuaron conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que no existe vulneración de algún derecho fundamental; razón por la cual corresponde desestimar la demanda.
18. Finalmente, este Tribunal Constitucional considera oportuno establecer como precedente vinculante desde cuándo se inicia la contingencia en el SCTR:
  - a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201<sup>o</sup> de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del

Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

- b. Regla sustancial:** En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez de la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli.

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los fundamentos N.ºs 12, 15 y 18.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO**  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**VERGARA GOTELLI**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Estando de acuerdo con el rechazo de la demanda emito el presente voto por las consideraciones siguientes:

1. Luis Armando Arroyo Portocarrero, representante de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, interpone demanda de amparo contra el Juez del primer Juzgado Civil de Ica y los Jueces de la Primera Sala Civil de Ica. Solicita se declare nulas las resoluciones judiciales dictadas por los demandados en contra de su representada emitidas en un proceso de amparo anterior. Sostiene que los demandados no debieron declarar fundada la demanda de amparo que concedió renta vitalicia pues dicho tema se debió resolver en conciliación extrajudicial o en arbitraje.
2. Las instancias inferiores han rechazado liminarmente la demanda señalando que los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Ello significa que la demanda ha sido rechazada ab initio pues al momento de su calificación el Juez constitucional de primer grado consideró que ésta *[sic]* no cumple con los requisitos de procedibilidad que exige la normatividad procesal constitucional; en consecuencia al no admitirse a trámite la demanda no se ha abierto el proceso y por tanto no se ha corrido traslado al emplazado para que pueda hacer uso de su derecho constitucional a la defensa.
3. El proyecto de resolución puesto a mi vista no obstante ingresa al fondo y declara infundada la demanda señalando que los demandados han otorgado renta vitalicia al recurrente en el proceso de amparo cuestionado, fundamentando su decisión en lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional que constituye precedente vinculante.
4. El Juez de primer grado, como decimos, no admitió a trámite la demanda porque al calificarla la rechazó de plano. El apelante cuestiona ese acto procesal y no otro, es decir cuestiona el rechazo

de plano o liminar de su demanda, desde que con lo resuelto no hay proceso y consecuentemente no pueden así los grados superiores emitir decisión de fondo por cuanto el proceso, repito, no está abierto.

5. En toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (*tantum apelatum quantum devolutum*) que a su vez implica reconocer la prohibición de la *reformatio in peius*, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la decisión cuestionada en perjuicio del apelante cuando éste [*sic*] es quien solo la ha impugnado, significando que el superior, como tribunal de alzada, debe limitarse a resolver los agravios señalados por el impugnante. La actuación del Superior no debe por tanto tocar aquello que no fue materia de impugnación. En el presente caso corresponde a este Colegiado un pronunciamiento limitado a solo lo que fue materia del cuestionamiento que hace posible la elevación del expediente y que así lo convierte en tribunal de alzada. Por ello al Tribunal Constitucional le corresponde solo recalificar la demanda confirmando el auto recurrido o revocándolo para que, en este caso, el Juez de la causa la admita a trámite.
6. Uno de los derechos constitucionales de mayor relevancia para todo demandado es la tutela procesal efectiva que importa esencialmente el derecho de defensa que conforma el debido proceso legal que a su vez exige la doble instancia. Estos derechos no solo deben ser tutelados por los grados inferiores sino también y principalmente por este Tribunal Constitucional. Resolver una demanda in *audita part*, es decir sin contradictorio como sugiere el proyecto, solo podría permitir por excepción una decisión fondal en asunto de suma urgencia suficientemente acreditada y únicamente, desde luego, para declarar fundada la demanda, en situación que justifique la postergación o suspensión del contradictorio y un inmediato o pronto pronunciamiento de fondo para restituir el derecho fundamental de la persona humana afectada (tutela de urgencia).
7. En el presente caso la recurrente es una empresa minera que demanda a una persona natural, llámese ex trabajador minero enfermo de *neumoconiosis*. Con su demanda la empresa cuestiona una decisión judicial emanada de un proceso de amparo pretendiendo así evitar que la sentencia que otorgó pensión vitalicia a un minero enfermo de *neumoconiosis*, surta efectos. Para ello menciona hechos monstruosos y los recubre con el manto protector de la Constitución Política, solicitando al Tribunal Constitucional que anule las resoluciones judiciales cuestionadas, que otorgaron pensión vitalicia un ex trabajador minero, en funciones que no le competen.

Por estas consideraciones mi voto es porque la demanda debiera ser rechazada por improcedente.

SR.

**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 04650-2007 -PA/TC  
 LIMA  
 COOPERATIVA DE AHORRO Y  
 CRÉDITO DE SUB-OFICIALES  
 DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ  
 “SANTA ROSA DE LIMA LTDA.” [sic]

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Vergara Gotelli.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima Ltda.”, [sic] contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 39 del segundo cuaderno, su fecha 9 de mayo de 2007, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 30 de diciembre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Rivera Quispe, Gómez Carvajal y Ugarte Mauny, así como contra la favorecida en dicho proceso, doña Rosa Sihuay Mueras de Gutarra, solicitando se declare nula y sin efecto legal la resolución de la referida Sala, de fecha 23 de septiembre de 2004, emitida en el trámite del expediente N.º 762-04, la misma que confirmando la apelada estimó la demanda de amparo de doña Rosa Sihuay Mueras de Gutarra contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito “Santa Rosa de Lima”.

Aduce la vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según refiere, en el trámite del proceso constitucional de amparo las instancias judiciales, al estimar la demanda, no habrían reparado que la beneficiaria de dicha resolución, “a sólo [sic] 12 días de haber interpuesto la referida acción de amparo”, habría acudido también a la vía ordinaria solicitando el reintegro de sus beneficios laborales, lo que desde su punto de vista, convertiría en improcedente el referido proceso de amparo, por lo que al haber sido favorablemente estimada la demanda, las instancias judiciales habrían violado el debido proceso.

Admitida a trámite la demanda y corrido traslado de ella, a fojas 57 la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersona y contesta la demanda solicitando que sea declarada en su oportunidad improcedente o infundada, ordenándose el pago de costas y costos procesales por parte de la demandante en el presente proceso. Manifiesta que al tratarse de una demanda de amparo contra un anterior proceso de amparo, la actual regulación procesal la proscribiera, al establecer el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional la improcedencia de la demanda de amparo “cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional”.

Por su parte, a fojas 67 doña Rosa Sihuay de Gutarra contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada. Según refiere, en el trámite del proceso de amparo en el que las instancias judiciales determinaron con toda claridad la responsabilidad de la referida Cooperativa en la violación de sus derechos fundamentales, ésta [sic] tuvo ocasión de utilizar todos los medios de defensa, consintiendo la sentencia estimatoria al no presentar el respectivo recurso de queja ante la denegatoria de su recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional. Agrega que el presente proceso tendría como único propósito, “dilatarse mi reincorporación a mi centro laboral, en vía de ejecución de sentencia”, por lo que solicita que al momento de declararse infundada la demanda se condene a la recurrente al pago de costas y costos conforme a Ley.

Con fecha 17 de marzo de 2006 la Sexta Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que en el presente caso resulta de aplicación el artículo 5.6 del CPCConst., conforme al cual no proceden los procesos constitucionales contra lo resuelto en otro proceso constitucional.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la apelada, argumentando que en el presente caso los órganos judiciales han actuado en el marco de sus prerrogativas y que el proceso de amparo no puede ser utilizado como una instancia adicional donde se pueda revisar el criterio jurisdiccional con que se ha dado respuesta a las demandas judiciales.

## FUNDAMENTOS

1. Conforme se desprende del petitorio de la demanda, la recurrente cuestiona una resolución judicial firme recaída en un proceso constitucional de amparo, en el que fue emplazada y finalmente vencida. Dicha resolución de fecha 23 de septiembre de 2004 confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de acción de amparo interpuesta por la señora Rosa Sihuay Mueras de Gutarra y dispone su reposición en el cargo del que había sido arbitrariamente despedida por la ahora demandante. La Cooperativa recurrente alega que en el referido proceso de amparo las instancias judiciales no habrían tomado en cuenta el hecho que la referida trabajadora, durante el trámite del proceso de amparo, ha acudido en paralelo a la vía judicial ordinaria, al interponer una demanda por pago de beneficios sociales, lo que invalidaría su actuación mediante el proceso de amparo. Agrega que las instancias judiciales, pese a que fueron alertadas oportunamente de dicha situación, no habrían respondido sus argumentos, violando sus derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.
2. Tal como se observa, en el presente caso se trata de una demanda de amparo contra lo resuelto en un anterior proceso constitucional. Sobre el particular, si bien el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales (incluido el proceso de amparo) contra lo resuelto en otro proceso constitucional, este Tribunal ha interpretado dicho precepto de conformidad con la Constitución, al establecer que ello está supeditado a que en el proceso en cuestión se haya respetado de manera escrupulosa los derechos constitucionales de las partes o incluso, llegado el caso, de los terceros con interés, puesto que, si ello no ocurriera, el “amparo contra amparo” no sólo [*sic*] resultaría procedente, sino que constituiría una vía constitucionalmente habilitada para restablecer el ejercicio efectivo de los derechos conculcados (*Cfr.* Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N.º 3846-2004-PA/TC).

3. Por otra parte y de acuerdo con lo señalado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 4853-2004-AA/TC, modificada parcialmente por el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 3907-2007-PA/TC, se han establecido una serie de reglas constitutivas de precedente vinculante así como criterios doctrinales de observancia obligatoria en materia de amparo contra amparo. Conforme se desprende de ellas, la procedencia de dicho régimen especial se encuentra sujeta a las siguientes líneas de razonamiento: **a)** su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; **b)** su habilitación sólo [sic] opera por una sola y única oportunidad; **c)** resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias; **d)** su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional; **g)** resulta procedente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; y **h)** no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.
4. De ello se desprende que el “amparo contra amparo” no puede ser utilizado de manera temeraria por la parte vencida en un anterior proceso constitucional, con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia constitucional o de resistirse a su efectivo cumplimiento. En este sentido este Colegiado debe precisar, que si bien el “amparo contra amparo” cabe como posibilidad excepcional incluso tratándose de una sentencia estimatoria, sin embargo, cuando se trate de sentencias que ordenan la reposición de un trabajador en su puesto de trabajo, tras haberse constatado la violación de sus derechos constitucionales, el principio tuitivo *pro operario* debe también trasladarse al ámbito de los procesos constitucionales, de modo que en caso de duda sobre la legitimidad constitucional de la sentencia estimatoria de amparo, los jueces del segundo amparo deben optar por hacer prevalecer la sentencia estimatoria sobre cualquier intento por desconocerla por parte del empleador.
5. En este sentido y conforme a los apremios previstos en el Código Procesal Constitucional, el Juez que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo

que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador. Si el Juez constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22º y 59º del Código Procesal Constitucional.

Admitida a trámite la demanda del segundo amparo, si ésta [sic] resultara infundada, la instancia judicial correspondiente, o en su caso el Tribunal Constitucional, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56º del Código Procesal Constitucional.

6. En el presente caso, las instancias judiciales determinaron, en el primer amparo, que el despido de la trabajadora se ejecutó sin que se advierta “fundamento que permita verificar el otorgamiento de un plazo razonable para el descargo por escrito de parte de la accionante (...) situación que a todas luces infringe el debido proceso y genera un serio recorte al derecho de defensa de la actora”; estableciéndose además que al no existir “causa alguna que justifique la decisión del empleador”, “la extinción de la relación laboral se encuentra exclusivamente sustentada en la voluntad del empleador, lo que constituye un acto lesivo a los derechos fundamentales de la actora”.

Por su parte la Cooperativa recurrente sostiene que en el trámite de dicho proceso no se habría tomado en cuenta que la actora ha acudido a la vía laboral luego de interponer la demanda de amparo, lo cual habría comportado que las instancias judiciales vulneren los derechos del empleador.

7. No obstante, del análisis de los recaudos y de los propios argumentos de la recurrente de este segundo proceso de amparo se desprende con claridad que su posición no tiene mayor respaldo. Ello no sólo [sic] porque la causal de improcedencia del proceso de amparo contenida en el artículo 5.3 del Código Procesal Constitucional hace referencia al hecho de que se “haya acudido *previamente*” a otro proceso judicial; sino además porque la propia trabajadora favorecida con el primer proceso de amparo ha dejado establecido de manera expresa y sin que sea desvirtuado por la recurrente, que “actualmente la única demanda que sostengo con la Cooperativa es la acción de amparo (...) que se encuentra en vía de ejecución” (*escrito de contestación, punto sétimo*).

8. Siendo esto así, ha quedado acreditado que en el presente caso no sólo [sic] no existe ningún sustento constitucional en la demanda de la recurrente que amerite protección en esta vía, sino que su actuación, al pretender desconocer una sentencia estimatoria de un proceso constitucional, se enmarca en un claro supuesto de temeridad que debe ser sancionado conforme lo prevé el artículo 56º del Código Procesal Constitucional.

Dicha sanción debe extenderse además en forma solidaria y conforme al precedente establecido en el Exp. N.º 8094-2005-AA, a todos los abogados que autorizaron los escritos a lo largo de este segundo proceso de amparo, desde la presentación de la demanda hasta el recurso de agravio ante este Tribunal, notificándose además a los respectivos colegios profesionales para lo que resulte pertinente.

9. En tal sentido y de acuerdo a lo que prevé el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal impone el pago de los costos procesales conforme a la liquidación que se establezca en la etapa de ejecución de la presente sentencia, la misma que deberá ser pagada por la demandante, estableciéndose además, por concepto de multa y conforme al artículo 292º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el pago de 12 URP que deberá ser abonado en forma solidaria por los abogados que autorizaron los escritos desde la etapa de postulación y hasta el recurso que dio origen a la presente sentencia.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.
2. Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 5 de la presente sentencia.
3. **IMPONER** a la recurrente, Cooperativa De Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima Ltda.”. [sic] por concepto de sanción por conducta temeraria y conforme el fundamento 8 de la presente sentencia, el pago de los costos procesales que deberá liquidarse y establecerse en vía de ejecución.
4. **IMPONER** a los abogados señores Ana Gabriela Bolívar Sáenz; (R. CAL N.º 20783); Jorge Luis Angulo Villarreal (R. Cal N.º 15702); Milagros

Y. Gonzales Echevarría (R. CAL N.º 2881); Telly Sarmiento Oncoy (R. CAL 35478); y Juan A. Agüero Reyes (R. CAL N.º 15657), el pago de 12 URP por concepto de sanción por incumplimiento de los deberes propios del ejercicio profesional, cantidad que deberá ser abonada en forma solidaria y conforme al fundamento 9 de la presente sentencia.

5. Remitir, a través de Secretaría General, copia de la presente sentencia al Colegio de Abogados de Lima para los fines pertinentes.

SS.

**VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ  
LANDA ARROYO  
BEAUMONT CALLIRGOS  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 04650-2007 -PA/TC  
LIMA  
COOPERATIVA DE AHORRO Y  
CRÉDITO DE SUB-OFICIALES  
DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ  
“SANTA ROSA DE LIMA LTDA.” [sic]

## FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y VERGARA GOTELLI

En el caso de autos, si bien concordamos con el primer punto del fallo de la sentencia y con los fundamentos 1 a 4, 6, 7 y 9, no sucede lo mismo con el segundo, tercer, cuarto y quinto punto resolutivo del fallo, ni con los fundamentos 5 y 8, por las siguientes razones:

1. En la sentencia se establece un precedente vinculante, lo cual nos parece correcto. Sin embargo, éste no cumple ninguno de los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante y que fueron fijados en las SSTC 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC. Al menos, ello no se extrae de ninguno de sus fundamentos.
2. Por ello, siendo consecuentes con nuestra jurisprudencia, estimamos que el cumplimiento de los presupuestos básicos para establecer un precedente vinculante es una regla jurídica que debe cumplirse, pues en el caso del RAC a favor del precedente, se dejó sin efecto el precedente mencionado porque no cumplía con ninguno de los presupuestos básicos mencionados. Además, porque en el precedente de importación de autos usados, para justificar su emisión en los fundamentos de la sentencia se argumentó que concurría uno de los seis presupuestos básicos para emitirlo.
3. Finalmente, y teniendo presente la eficacia vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consideramos que la observancia de los presupuestos básicos para establecer un precedente vinculante debe respetarse en todos los casos, pues la *ratio* de tales presupuestos es que los precedentes se emitan en situaciones especiales, es decir, que su establecimiento sea la excepción y no la regla, como ha venido sucediendo.
4. De ahí que, al no concurrir ninguno de los presupuestos básicos para emitir un precedente, estimamos que el fundamento 5 de la sentencia, en virtud del artículo VI del Título Preliminar del CPConst., debería ser declarado como jurisprudencia vinculante y no como precedente.

5. De otra parte, también consideramos que el precedente establecido en el fundamento 5 es poco acertado para resolver el problema que plantea el caso, por las siguientes razones:

- a. Vía precedente se está creando una causal de improcedencia liminar no prevista en el artículo 5º del CPConst. Es decir, el Tribunal Constitucional está actuando como legislador positivo, lo cual nos parece correcto, por ejemplo, cuando estamos ante una omisión inconstitucional relativa, pero en el presente caso consideramos que no es necesario crear un precedente.
- b. En tal sentido, estimamos que puede argumentarse que el precedente propuesto es un símil del principio tributario *solve et repete*, que en este caso sería “primero ejecuta la sentencia estimativa del amparo laboral luego interpones contra ella la demanda de amparo”.

Dicho principio tributario, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es inconstitucional por contravenir el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 03548-2003-AA/TC). Por lo tanto, como el precedente propuesto es un símil del principio *solve et repete* podría argumentarse que también resulta inconstitucional por limitar en forma irrazonable el derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que se constituye como una causal de improcedencia.

6. El problema que plantea el caso no gira en torno a la necesidad de establecer un precedente vinculante porque no existe vacío normativo o interpretaciones judiciales erradas o contradictorias de algún principio, valor, bien o derecho constitucional, sino que radica en la eficacia de las sentencias constitucionales estimativas de segundo grado o consentidas de primer grado.

Consecuentemente, teniendo presente que el caso plantea como problema el que los jueces de ejecución no cumplen con ejecutar en forma oportuna las sentencias estimativas de segundo grado o consentidas de primer grado, la solución no pasa por establecer un precedente, sino por recordarles a los jueces de ejecución que los artículos 22º y 59º del CPConst. no son meras declaraciones líricas que discrecionalmente pueden inobservar, sino mandatos de obligatorio cumplimiento que deben ser acatados y respetados sin excepción alguna en todos los casos de sentencias estimativas de segundo grado o consentidas de primer grado.

La solución del caso, estimamos, es reforzar la idea de la ejecución inmediata de las sentencias estimativas de segundo grado o

consentidas de primer grado y que los artículos 22º y 59º del CPConst. constituyen mandatos de obligatorio e ineludible cumplimiento, pues si en el presente caso emitimos un precedente vinculante, también tendríamos que hacerlo en el amparo contra amparo previsional o en el amparo contra cumplimiento, y ello, en vez de solucionar el problema, lo único que haría sería acrecentaría la cantidad de precedentes.

Por esta razón, también debería enfatizarse que el amparo contra amparo o resolución judicial firme no tiene eficacia suspensiva (pues algunos demandantes lo entienden así), sino que la sentencia estimativa de segundo grado o consentida de primer grado se ejecuta en sus propios términos en forma inmediata, hasta que otra sentencia constitucional firme no disponga lo contrario.

7. Finalmente, debemos destacar que no compartimos el fundamento 8 por algunas imprecisiones contenidas en él y porque tampoco existe argumentación de por qué el precedente es de aplicación inmediata al caso de autos. En el segundo párrafo del fundamento 8 se incurre en un error material al consignar que la STC 08094-2005-AA/TC es un “precedente”, pues de la lectura de dicha sentencia no se desprende dicha conclusión. En todo caso, en vez de decir que la STC 08094-2005-AA/TC es un precedente, debería decirse que sólo [*sic*] es jurisprudencia.

Por estas razones, nuestro voto es porque simplemente se declare **INFUNDADA** la demanda y no se establezca precedente alguno.

Sres.

**MESÍA RAMÍREZ  
VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 04650-2007 -PA/TC  
LIMA  
COOPERATIVA DE AHORRO Y  
CRÉDITO DE SUB-OFICIALES  
DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ  
“SANTA ROSA DE LIMA LTDA.” [sic]

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Si bien coincido con la decisión del pronunciamiento en mayoría que declara **INFUNDADA** la demanda e **IMPONE** el pago de costos procesales a la recurrente y a los abogados mencionados en la parte resolutive una multa, y por ello lo suscribo en su integridad; considero pertinente realizar algunas precisiones respecto al amparo contra amparo que se presenta en el caso de autos, sobretodo teniendo en cuenta que en esta ocasión se establece un precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, señalé lo siguiente:

1. En principio, y aunque el caso no obedece a los presupuestos que sustentaron mi voto singular recaído en la STC 03908-2007-PA, en lo concerniente a la modificación de las reglas del amparo contra amparo sentadas en la STC 04853-2004-AA, considero pertinente ratificar mi postura al respecto como lo he efectuado en anteriores pronunciamientos.
2. En segundo orden, queda absolutamente claro, tal como se expone en el fundamento 4 de la sentencia, que el amparo contra amparo no puede ser utilizado de manera temeraria por la parte vencida en un anterior proceso constitucional, con el objeto de no hacer efectivo su cumplimiento o prolongar su ejecución, utilizando para tales fines el cuestionamiento de la sentencia. Lo que si me parece necesario apuntar es que todas las sentencias constitucionales estimatorias deben ser ejecutadas conforme al mandato judicial contenida en ellas, y con mayor razón las que ordenan la reposición de un trabajador a su centro laboral. En este supuesto, sin embargo el sustento no lo encuentro en el principio pro operario volcado sin más al ámbito procesal, sino en que mediante la protección del derecho al trabajo y la restitución al centro laboral del actor, se preserva el mínimo vital del trabajador, necesario para solventar sus necesidades materiales elementales y con ello se respeta su dignidad. Por tales motivos es que el juez constitucional debe hacer cumplir la sentencia estimatoria, sin

que la interposición de una demanda de amparo cuestionándola pueda restarle efectos que mellen su ejecución.

3. En tercer lugar, considero que el establecimiento del precedente reúne las condiciones propias para su uso y se sustenta en el presupuesto básico relacionado con la existencia de una norma que puede ser interpretada en sentidos diversos, lo que guarda coherencia con las exigencias de la STC 00023-2004-AA sentadas y ratificadas por este Tribunal Constitucional. En este caso, no obstante la regulación del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, la posibilidad del amparo contra amparo será viable siempre que, tal como lo prevé el artículo 200.2 de la Constitución, no se haya respetado *“de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional [...]”* (STC 3846-2004-AA). Justamente la situación descrita ha llevado a este Tribunal a establecer reglas de procedencia del régimen especial en comento.
4. En el caso de autos, se presenta una situación excepcional que amerita el establecimiento de una nueva regla. Por tal motivo, resulta válido establecer como precedente vinculante que la Sala, que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de los derechos del trabajador. Si la Sala constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

Admitida a trámite la demanda del segundo amparo, si ésta [sic] resultara infundada, la instancia judicial correspondiente, o en su caso el Tribunal Constitucional, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56 del Código procesal Constitucional.

Por lo indicado, agregando lo expuesto en la parte introductoria, mi voto es por establecer como precedente vinculante las reglas contenidas en el fundamento 5 de la presente sentencia.

S.

**BEAUMONT CALLIRGOS**

EXP. N.º 04650-2007 -PA/TC  
LIMA  
COOPERATIVA DE AHORRO Y  
CRÉDITO DE SUB-OFICIALES  
DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ  
“SANTA ROSA DE LIMA LTDA.” [sic]

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Si bien es cierto que concuerdo con los puntos 1 y 2 del fallo de la presente sentencia, debo ratificar mi posición sostenida en el voto singular de la STC N.º 03908-2007-PA/TC.

El suscrito en la STC 03908-2007-AA/TC ha emitido un voto singular, en el cual se ha concluido que el Tribunal Constitucional “por un principio de prevención de sus fallos, no puede estar desvinculado de la realidad a la cual se proyecta”. En ese sentido, el fundamento 40 del precedente constitucional de la STC 04853-2004-AA/TC estableció, que el recurso de agravio constitucional era el mecanismo más efectivo para el control de las decisiones estimatorias de segundo grado dictadas en desacato directo a un precedente constitucional vinculante expresado en los términos del artículo VII del Código Procesal Constitucional, es decir se le catalogó como un mecanismo pertinente, conveniente, más adecuado, por ser el medio procesal más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución. Esto a partir de una interpretación del artículo 202º inciso 2 de la Constitución, en un contexto en el cual muchas resoluciones de amparo y medidas cautelares dictadas en el seno de este proceso, a pesar de ser estimatorias, resultaban siendo violatorias de los valores materiales que la Constitución consagra expresa o tácitamente.

De otro lado, si bien es pertinente que se establezca, a modo de precedente vinculante, las reglas previstas en el fundamento 5 de la sentencia, considero que ellas deben ser aplicadas a futuro y no en el presente caso; más aún [sic] si se establece en ellas la posibilidad de que se imponga una multa por temeridad procesal. Siendo ello así, me distancio de los puntos 3 a 5 del fallo de la sentencia.

Sr.

**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 00001 - 2010-CC/TC  
LIMA  
PODER EJECUTIVO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

### I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial.

### II. ANTECEDENTES

#### Demanda

Con fecha 30 de marzo de 2010 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, interpone demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial, con el objetivo de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de las siguientes resoluciones judiciales: a) Resolución N.º 11, de fecha 12 de enero de 2010, emitida por la Sala Civil de Tacna, recaída en el Exp. N.º 00961-2009-44-2301-JR-CI-01, seguida por Kanagawa Corporación contra la SUNAT y otros; b) Resolución N.º 11, de fecha 8 de junio de 2007, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 2006-0109-68-1807-JM-CI-01, seguida por Importaciones y Servicios Barrera S. A. contra el MTC y otros; c) Resolución S/N, de fecha 03 [sic] de junio de 2009, emitida por el Juzgado Mixto de Huaycán, recaída en el Exp. N.º 200902282-1-0701-JR-CI-02, seguida por Autopartes Diésel Álvarez EIRL contra la SUNAT y otros.

Afirma el demandante que una debida interpretación del artículo 18º, incisos 1), 3), 8) y 9), de la Constitución, y del artículo 4º 1 de la Ley N.º 29158 –Ley Orgánica del Poder Ejecutivo–, es aquella que el diseño y la supervisión de las políticas nacionales y sectoriales es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, la que permite concluir que la regulación relativa al ingreso de vehículos usados al país es una competencia exclusiva del Ejecutivo, y que ha sido menoscabada por el Poder Judicial al emitir las referidas resoluciones judiciales, a través de las cuales ha inaplicado normas jurídicas imperativas que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, supliendo así los actos administrativos y de gobierno emitidos por el Poder Ejecutivo.

Señala el recurrente que las normas inaplicadas constituyen una herramienta de su política sectorial destinada a velar por la salud pública, priorizar el cuidado del medio ambiente, garantizar la seguridad de los usuarios, mejorar la calidad de los vehículos usados importados y lograr el cambio de la matriz energética que contribuya al ahorro de combustible, permitiendo el ingreso de vehículos automotores con un menor desgaste y, por ende, en mejores condiciones de mantenimiento.

Refiere que si el Poder Ejecutivo goza de las competencias para cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados y las leyes, dirigir la política general de gobierno, y de hacer cumplir las resoluciones jurisdiccionales, resulta que dichas competencias se han visto afectadas por la forma en que el Poder Judicial viene ejerciendo su competencia constitucional de administrar justicia. Sostiene que pese a no existir disputa sobre la titularidad de las competencias en mención, en los hechos se viene emitiendo una serie de resoluciones jurisdiccionales que enervan la exclusividad competencial que el bloque de constitucionalidad confiere al Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para el ingreso de vehículos usados al país. En tal sentido, manifiesta que dentro de la esfera de sus competencias, el Poder Judicial ha impedido al Poder Ejecutivo desarrollar la actividad reguladora que le compete, por lo que se ha configurado un conflicto competencial por menoscabo en sentido estricto.

### **Contestación de la demanda**

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Sostiene que la emisión de resoluciones jurisdiccionales estimatorias no implica que el Poder Judicial esté afectando atribuciones del Poder Ejecutivo, pues los jueces emiten sus sentencias en el marco de sus funciones jurisdiccionales y bajo los principios de independencia y autonomía, a lo que se suma la atribución de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las normas.

Afirma que, en todo caso, si alguna de las partes se encuentra disconforme con el contenido de dichas resoluciones, cabe la interposición de los recursos impugnatorios que la ley franquea, o, en su caso, la presentación contra ellas de las demandas de amparo respectivas.

Aduce que ambos poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el Judicial, han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales, por lo que no se evidencia forma alguna de menoscabo en el ejercicio de dichas atribuciones.

Manifiesta que en el presente caso no se evidencia que los jueces hayan inobservado precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional, por lo que la pretensión del demandante se reduce a la búsqueda de dejar sin efecto resoluciones que han alcanzado la calidad de cosa juzgada, protegida por el artículo 39º 2 de la Constitución.

### **III. MATERIA CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE**

En el caso estriba en determinar si el Poder Judicial, al expedir resoluciones judiciales que inaplican normas legales por considerar que violan derechos fundamentales, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de regulación de los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados.

### **IV. FUNDAMENTOS**

#### **§1. Delimitación del petitorio**

1. El demandante ha interpuesto demanda de conflicto competencial contra el Poder Judicial con el objetivo de que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, se declare la invalidez de determinadas resoluciones judiciales que, inaplicando normas emitidas por el Ejecutivo, han permitido la importación de vehículos y autopartes que no cumplen con las condiciones legalmente previstas.

#### **§2. Tipos de conflicto competencial**

2. Conforme establece el artículo 110º del Código Procesal Constitucional (CPCo.), el conflicto competencial “se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.

El conflicto competencial, típicamente, se genera cuando más de un órgano constitucional reclama para sí la titularidad de una misma competencia o atribución (conflicto positivo), o cuando, en contraposición a ello, más de un órgano constitucional se considera incompetente para llevar a cabo un concreto acto estatal (conflicto negativo). Pero no son estos los únicos supuestos que pueden desencadenar un conflicto competencial susceptible de ser dirimido por este Tribunal, pues también cabe que se susciten los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*.

En palabras de este Colegiado, “si bien es cierto que los ‘típicos’ conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110<sup>º</sup> del CPConst. establece que en éste [sic] pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones ‘afectando’ las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los *conflictos por omisión [de] cumplimiento de acto obligatorio*, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las ‘afecta’. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro” [Cfr. STC 0005-2005-CC, fundamento 23].

3. Asimismo, este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el denominado *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*, el cual ha clasificado en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se produce cuando, sin existir un conflicto en relación con la titularidad de una competencia o atribución, un órgano constitucional ejerce su competencia de un modo tal que afecta el adecuado ejercicio de las competencias reservadas a otro órgano constitucional; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que se produce cuando los órganos constitucionales tienen entrelazadas sus competencias en un nivel tal que uno o ninguno de ellos puede ejercer debidamente sus competencias sin la cooperación del otro; y c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión, producido cuando un órgano constitucional, al omitir el ejercicio de una competencia, afecta la posibilidad de que otro ejerza debidamente las suyas [Cfr. STC 0006-2006-CC, fundamentos 19 a 23].
4. Ahora bien, vistas con detenimiento las cosas, cabe precisar que los denominados *conflictos por omisión de cumplimiento de acto obligatorio*

y *conflicto constitucional por menoscabo de omisión* representan dos supuestos de conflictos sustancialmente idénticos, por lo que no existe mérito constitucional para diferenciarlos. Así, por ejemplo, cuando la Superintendencia de Banca y Seguros desconoció su deber de solicitar previamente opinión al Banco Central de Reserva para la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, omitió un acto de cumplimiento obligatorio –es decir, omitió ejercer una competencia reglada– afectando la posibilidad de que otro órgano constitucional –a saber, el Banco Central de Reserva– ejerciera debidamente sus competencias [Cfr. STC 0005-2005-CC].

En estricto pues, no siendo el *conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio* nada distinto al *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, y tomando en cuenta que todo conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales implica la adopción de una conducta (acto u omisión) por parte de un órgano constitucional que “afecta” el ejercicio adecuado de las competencias de otro, puede sostenerse que este último tipo de conflicto (el conflicto por menoscabo de atribuciones constitucionales) –así como los conflictos positivos y negativos– también se encuentra previsto en el artículo 110º del CPCo., en tanto que, como quedó expuesto, el precepto reza que el conflicto competencial se produce “cuando alguno de los poderes o entidades estatales [legitimados para participar en el proceso] adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, *afectando* competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro” (subrayado agregado).

### §3. Vicio competencial de los actos estatales y delimitación del objeto de control en los procesos competenciales

5. El proceso competencial no es un proceso abstracto. Su objeto no es determinar la titularidad de una competencia o atribución con prescindencia de la existencia de una conducta (un acto o una omisión) que en concreto sea el elemento desencadenante del conflicto interórganos. Por ello, el artículo 113º del CPCo., establece que la sentencia emitida en el proceso competencial “[d]etermina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas”.

6. Para que resulte procedente el control constitucional de un acto de un órgano constitucional en el marco de un proceso por conflicto de competencias o atribuciones, el vicio que en él anida debe ser de carácter competencial, es decir, debe conllevar la afectación de las competencias o atribuciones constitucionales de otro órgano constitucional, sea porque es representativo de una subrogación inconstitucional en el ejercicio de dichas competencias, sea porque llanamente impide o dificulta irrazonablemente su ejecución.
7. Si la afectación de una competencia es la característica *sine qua non* del vicio competencial que puede aquejar a un acto de poder, entender cabalmente cuándo se produce dicha afectación requiere introducirse en el concepto de competencia.

Con relación a ello, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que “[l]a competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal” [Cfr. RTC 0013-2003-CC. Considerando 10.5.]. Dicho poder se manifiesta en el ejercicio de alguna función estatal, sea ésta [sic] norma, llevar a cabo o ejecutar un acto administrativo, dirimir conflictos o incertidumbres jurídicas, o controlar. En tal sentido, el vicio competencial susceptible de ser conocido en un proceso competencial se presenta cuando un órgano constitucional se subroga inconstitucionalmente o afecta a otro en el ejercicio de alguna de estas funciones.

8. Ahora bien, afectar el ejercicio de dichas funciones es algo distinto a controlar su validez sustantiva. Lo primero incide en el ejercicio de la competencia, lo segundo incide en el contenido sustantivo del acto a través del cual se manifiesta. Una mirada detenida en los tipos de invalidez en los que pueden incurrir los actos estatales en el marco de un Estado Constitucional, permitirá clarificar este punto.
9. En el ámbito de un Estado Constitucional, para que un acto sea válido, debe cumplir, esencialmente, con tres condiciones formales y con una condición sustantiva. Las condiciones formales son: 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 competencial material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento). La condición sustantiva es que el contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite), resulte conforme 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.

Es evidente que las condiciones de competencia formal y las condiciones de competencia material de validez de los actos son, en cierto modo, “dos caras de la misma moneda”: si un acto incurre en un vicio de competencia formal, es porque no debió ser dictado por un concreto órgano, y ello determina que este órgano haya incurrido en un vicio de competencia material al haberse ocupado de una materia reservada a otro.

10. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto y lo previsto en el artículo 110º del CPCo, puede concluirse que, tratándose de actos de los órganos constitucionales, el proceso competencial tiene como condición necesaria de procedencia la existencia de un vicio competencial en dichos actos, es decir, vinculado con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, al tiempo que puede controlarse que no se afecte la ejecución de actos por parte de otros órganos constitucionales en el marco de sus competencias constitucionales formales y materiales.

Ello, desde luego, no impide que adicionalmente pueda emitirse algún juicio contingente relacionado con la validez formal procedimental o con la validez sustancial del acto controlado. Empero, es su vicio competencial de validez, entendido en los términos antes expuestos, el requisito determinante para la procedencia del proceso competencial.

11. Cierto es que, en última instancia, desde un punto de vista teórico, todo problema de validez jurídica puede ser reconducido a criterios formales, dejando de lado los criterios sustantivos. Así por ejemplo, podría afirmarse que una ley ordinaria dictada por el Congreso que viola un derecho fundamental, en definitiva instancia, incurre en un vicio de competencia y no sustantivo, pues no se hablaría de violación, sino de mera modificación o derogación en caso de que la norma hubiese sido dictada por el poder de reforma constitucional conforme al procedimiento preestablecido.

No obstante, esta visión es ajena a la perspectiva de un Estado Constitucional, que cuenta entre sus rasgos esenciales no solo con el reconocimiento al más alto nivel normativo de unos derechos fundamentales cuyo contenido determina la validez sustantiva de toda norma o acto, sino además con el reconocimiento –tal como sucede en el sistema peruano– de que el contenido esencial de dichos derechos fundamentales actúa como límite sustantivo de validez de los actos del propio poder de reforma constitucional [Cfr. STC 0050-2004-PI / 0051-2004-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI, fundamentos 36 a 39]

12. Pero ello es una cosa, y otra, muy distinta, concluir que la violación del contenido sustantivo de la Constitución (los derechos, valores o principios reconocidos por ella), por parte de un acto estatal que cumple con las condiciones de competencia formal y material para su validez constitucional, pueda ser controlada a través de un proceso competencial. Ello supondría desnaturalizar la naturaleza y finalidad del proceso, previa desvirtuación del tipo de vicio que puede dar mérito a su conocimiento, a saber, el vicio competencial.

Desde luego, con lo dicho no pretende sostenerse que los vicios de validez sustantiva en los que puedan incurrir los actos de poder no puedan ser controlados por la jurisdicción constitucional. Tan solo se sostiene que dicho control, dada la naturaleza y finalidad del proceso competencial, no puede manifestarse en su seno (cuando menos no como núcleo del análisis), debiendo ventilarse en el marco de los procesos constitucionales de control de actos (amparo, hábeas corpus y hábeas data).

#### **§4. Apartamiento del criterio establecido en la STC 0006-2006-CC**

13. Fue una visión excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial, la que llevó a este Tribunal, a través de la STC 0006-2006-CC, a conocer el fondo de la demanda de conflicto de atribuciones planteada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo –en representación del Presidente de la República– contra el Poder Judicial. En ese caso, el Tribunal Constitucional estimó la demanda competencial al considerar que el Poder Judicial, al expedir una serie de sentencias estimatorias en procesos de amparo y de cumplimiento, había menoscabado las atribuciones del Poder Ejecutivo al ejercer el control constitucional de normas emitidas por este Poder del Estado. Las sentencias expedidas por el Poder Judicial habían inaplicado normas del Ejecutivo, interpretando determinadas normas sustantivas de la Constitución en contraposición a la interpretación que de tales normas había realizado el tribunal Constitucional, esto es, apartándose del mandato previsto en los artículos VI y VII del Título Preliminar del CPCo.
14. Como se aprecia, fue la existencia de un vicio de validez sustantivo y no competencial –en los términos antes expuestos– el que llevó a este Colegiado a estimar dicha demanda. No obstante, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Tribunal Constitucional establece que en ningún caso la alegación de la existencia de un vicio de validez constitucional sustantivo en el acto de un órgano constitucional puede dar lugar a la procedencia de una demanda de conflicto competencial. Por ello, en lo que a esta cuestión

respecta, este Colegiado se aparta del criterio sostenido en la STC 0006-2006-CC.

## §5. Análisis del caso concreto

15. El demandante se ha fundamentado en los criterios sostenidos en la STC 0006-2006-CC para presentar la demanda de autos. En efecto, solicita a este Tribunal que declare la inconstitucionalidad de determinadas resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial, en razón de que a través de ellas se ha controlado la constitucionalidad de una serie de normas expedidas por el Ejecutivo que establecían las condiciones para la importación de autos usados o se ha exigido la ejecución de previas resoluciones judiciales que habían efectuado dicho control. Considera el demandante que con dicha conducta el Poder Judicial ha menoscabado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de regulación de las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados.
16. De esta manera, el vicio de validez que se acusa en dichas resoluciones jurisdiccionales es de carácter sustantivo y no competencial, pues no solo resulta que el Poder Judicial es competente formal y materialmente para expedir resoluciones judiciales y para controlar a través de ellas la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo, sino que al hacerlo no ha desconocido o afectado la competencia formal y material del Poder Ejecutivo para regular las condiciones para la importación de vehículos y autopartes usados. El Poder Judicial se ha limitado a controlar el contenido sustantivo de dicha regulación y a analizar si los decretos expedidos cumplían con las condiciones endógenas y exógenas exigidas por la Constitución para su dictado.

Asunto distinto es analizar si dicho control sustantivo se ha realizado o no conforme a la Norma Fundamental y a las interpretaciones que de ella realiza este Colegiado a través de su jurisprudencia. Pero el control constitucional respectivo contra dichas resoluciones judiciales debe ejercerse a través de los medios impugnatorios respectivos, o, en su caso, a través de la presentación de una demanda de amparo, en los términos desarrollados por el [sic] este Tribunal en la STC 04853-2004-PA/TC, fundamentos 6 a 21.

17. Cabe precisar que lo expuesto no implica que en el marco de un proceso competencial sea inviable la posibilidad de controlar la validez constitucional de una resolución judicial expedida por el Poder Judicial por menoscabar las competencias de otro órgano constitucional. No obstante, para que ello sea posible, dicha resolución debe de adolecer de un vicio competencial, es decir, debe haber afectado la competencia

de otro órgano constitucional y no haberse limitado a controlar la validez sustantiva o procedimental del acto a través del cual se ha manifestado. Así, por ejemplo, si a través de una resolución judicial se desconociese la atribución del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes (artículo 118º 8 [sic] de la Constitución), se estaría menoscabando dicha atribución, sin perjuicio de que quepa controlar jurisdiccionalmente la validez sustantiva y procedimental del acto de reglamentación, pues ésta [sic] es, justamente, una competencia constitucional del Poder Judicial.

18. Ahora bien, es verdad que considerando que el demandante se ha sustentado en los criterios de la STC 0006-2006-CC, este Tribunal podría considerar la aplicación de un cambio de criterio prospectivo (*prospective overruling*) que no afecte la procedencia de la demanda de autos. Es decir, podría optar por aplicar por última ocasión los criterios expuestos en aquella sentencia e ingresar al fondo del asunto, anunciado la aplicación futura de los criterios de procedencia desarrollados en esta sentencia. Por lo demás, ello permitiría proteger el derecho fundamental de acceso a la justicia del demandante y controlar constitucionalmente una serie de resoluciones judiciales que hay violado el derecho de la vida, al permitir inconstitucionalmente la importación e ingreso al parque automotor de autos y autopartes usados que no cumplen con las condiciones constitucionalmente exigidas por la normativa dictada por el Poder Ejecutivo.

No obstante, existe una razón determinante que impulsa a este Tribunal a aplicar inmediatamente el nuevo criterio declarando la improcedencia de la demanda. Dicha razón consiste en que a través de la STC 5961-2009-PA/TC, este Colegiado ya se ha ocupado de esta problemática constitucional, en especial a través del precedente vinculante establecido en el tercer punto resolutivo. En efecto, a través de dicha sentencia, y en el marco de las condiciones en ella expuestas, se ha establecido que en forma excepcional el Ministerio de Transportes y Comunicaciones tiene habilitado el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 44º del CPCo. Para interponer la respectiva demanda de amparo contra la resolución judicial firme que haya inaplicado el Decreto Legislativo N° 843, o los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC Y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

En definitiva, el cambio de criterio establecido en esta sentencia en modo alguno puede ser interpretado como una renuncia por parte de este Tribunal a su deber de valorar, pacificar y ordenar la problemática constitucional suscitada como consecuencia de la expedición de un

número importante de resoluciones judiciales que han autorizado inconstitucionalmente la importación de autos y autopartes usados. Por el contrario, razón determinante para la aplicación inmediata del nuevo criterio adoptado en relación con la procedencia de las demandas de conflicto competencial, reside en el hecho de que el problema de fondo planteado ya ha sido abordado por el Tribunal Constitucional a través de la STC 05961-2009-PA/TC, la cual, como antes se ha dicho, tiene la calidad de precedente constitucional vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCo.

### §5.1. Consecuencias del desacato del precedente de la STC 05961-2009-PA/TC

19. Si bien en los fundamentos que anteceden se ha precisado que el presente caso no será resuelto conforme a los criterios de la STC 0006-2006-CC, ello no es óbice para que este Tribunal precise las consecuencias jurídicas que generan la inobservancia, contravención o desacato de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.

20. Para determinar tales consecuencias jurídicas, es importante tener presente que en el considerando 8 de la RTC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal subrayó que “Las reglas establecidas como precedente vinculante [sobre la importación de vehículos automotores y partes usadas] deb[ia]n [sic] ser acatadas y respetadas no sólo [sic] por los jueces, sino también por todos los poderes públicos”, es decir, que estos se encontraban impedidos de actuar en contra de las reglas establecidas como precedente vinculante.

21. Complementando ello, en la misma resolución este Tribunal precisó que dicha vinculación obligatoria e inexcusable se producía desde que el precedente vinculante de la STC 05961-2009-PA/TC había sido publicado en la página web, esto es, desde el 18 de junio de 2010.

Ello fue precisado en atención a que el precedente constitucional, por su fuerza vinculante, tiene efecto similares a una ley, esto es, que las reglas establecidas en él son de obligatorio e ineludible cumplimiento por todas las personas y entidades de la Administración Pública, sin importar si han sido parte o terceros en el proceso en que se emitió.

22. Por consiguiente, a partir del 18 de junio de 2010 ningún juez podía emitir alguna resolución judicial que resolviera inaplicar el Decreto Legislativo N° 843, o los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008.

Ello porque en las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC se determinó que, por la forma y por el fondo, el contenido normativo de los decretos mencionados era conforme con la Constitución, por lo que debía ser acatado, respetado y cumplido por todas las personas y entidades de la Administración Pública.

23. A pesar de que la constitucionalidad de los decretos mencionados fue confirmada y reafirmada por las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es de público conocimiento que, después de la publicación y difusión del precedente vinculante, algunos jueces han seguido emitiendo medidas cautelares en claro desacato y contravención a las reglas establecidas en él.

Dicha conclusión resulta inequívoca, debido a que en el tercer punto resolutivo de la STC 05961-2009-PA/TC este Tribunal estableció como precedente vinculante que “todos los jueces del Poder Judicial que conozcan de cualquier clase de proceso en el que se cuestione la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, por imperio del tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tienen el deber de confirmar la constitucionalidad de su contenido normativo”

24. Por estas razones, esta actuación judicial de desacato por si misma resulta inconstitucional, ya que después del 18 de junio de 2010 se han emitido sendas resoluciones judiciales que en forma manifiesta contravienen o inobservan las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, que deben ser respetadas, cumplidas y defendidas por todas las personas y entidades de la Administración Pública, especialmente por los jueces del Poder Judicial, ya que son ellos, en todos los procesos que conocen, los primeros que asumen el papel de garantes de la defensa del orden constitucional.
25. Consecuentemente este Tribunal considera que toda resolución judicial, sea una medida cautelar o una sentencia de primer o segundo grado, que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga, inobserve o se aparte de las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, es nula de pleno derecho por ser inconstitucional.

26. Por ello, debe establecerse que las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida que inaplique el contenido normativo del Decreto Legislativo N° 843, de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC y de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC. Ello porque dichas resoluciones judiciales son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.
27. Si se comprueba que las resoluciones judiciales emitidas son contrarias a las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, este Tribunal considera que los jueces que las emitieron deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura, así como denunciados por el Ministerio Público, a fin de que sean procesados penalmente, pues ningún juez puede fallar en contra del texto expreso y claro de las reglas establecidas como precedente vinculante.

Cabe recordar que en estos casos el Ministerio Público ha considerado que el comportamiento de los jueces que fallan en contra o apartándose del precedente vinculante se encuentra dentro del tipo penal de prevaricato. Esta posición, fue destacada por la Fiscal de la Nación en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-PN, publicada en el diario oficial *El Peruano* en 13 de enero de 2010. En dicha resolución, la Fiscal de la Nación precisó que los jueces que emitan resoluciones judiciales contrarias al precedente vinculante cometen el delito de prevaricato porque fallan en contra del texto expreso y claro del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. Y de la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

28. De otra parte, este Tribunal considera importante destacar que todas las medidas cautelares que disponen la inaplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 y que permiten la libre importación de vehículos automotores y partes usados, han sido dictadas en contravención del límite de irreversibilidad de las mismas previsto en el artículo 15° del CPCo. Por cuanto los vehículos automotores y partes usados que ingresan al país y son entregados a los demandantes automáticamente ingresan al mercado para ser transferidos a terceros, tornando en imposible que nuevamente dichos bienes regresen a las Aduanas en caso de que la demanda sea desestimada en forma definitiva.

En estos casos, resulta de aplicación el artículo 16° del CPCo, cuyo texto prescribe que el “sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación de responsabilidad”, y que de verificarse la misma, en “modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal”.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte, la demanda; en consecuencia, establecer conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como **PRECEDENTE VINCULANTE** las reglas siguientes:
  - a. Las resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006 –MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, son nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.
  - b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000- MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.
  - c. Las entidades de la Administración Pública se encuentran impedidas de acatar cualquier resolución judicial emitida a partir del 18 de junio de 2010 que inaplique el Decreto Legislativo N° 843, o los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008 o que contravenga o

inobserve las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC.

- d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la aplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.
- e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N° 843, o de los Decretos Supremos N° 045-2000-MTC, 053-2000, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N° 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÌA RAMÌREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
VERGARA GOTELLI  
ETO CRUZ  
ÀLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC  
LIMA  
SOCIEDAD MINERA DE  
RESPONSABILIDAD LTDA.  
MARIA JULIA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agregan.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 136, su fecha 23 de julio de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 18 de diciembre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral N° 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. Alega la recurrente que se afecta sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según la recurrente, el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera. Más aún [sic], el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo, la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha

valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución de fecha 23 de diciembre de 2009, declara de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada, pero considera además, que la demanda es improcedente por la existencia del recurso de anulación del laudo (según la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje), que es vía igualmente satisfactoria para la protección de la pretensión solicitada.

## FUNDAMENTOS

### Petitorio

1. Conforme se indica en la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a restablecer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la recurrente como resultado del laudo arbitral de derecho emitido con fecha 22 de septiembre de 2009 dentro del Caso Arbitral N° 1487-119-2008. Según afirma la recurrente, dicha vulneración se habría producido por existir una deficiente y contradictoria fundamentación en el referido laudo.

### Consideración preliminar

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Colegiado considera pertinente referir que a la fecha, existe una buena cantidad de procesos en trámite en los que se viene cuestionando el proceder de la jurisdicción arbitral de cara a lo establecido en la Constitución. Consciente de la importancia del arbitraje dentro del orden constitucional, este Tribunal considera conveniente proceder a una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Interprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste [*sic*].

### La evolución del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3. La perspectiva de un control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no es desconocida ni mucho menos reciente para este Colegiado. La primera vez que esto se sometió a discusión

data del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERU) (STC 189-1999-AA/TC). En aquella oportunidad se dejó claramente establecido que *“la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar (...) no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (...)”* (fundamento 3).

4. Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia en relación con el control constitucional de las decisiones judiciales (que, como se sabe, sólo *[sic]* permitía la defensa de derechos constitucionales estrictamente procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar la opción descrita, de una forma no menos restringida que la que ya se daba para otras manifestaciones de control.
5. Es pertinente precisar que por la misma época el tema también fue abordado desde la perspectiva legislativa. En efecto, mediante Ley N° 27053 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de enero de 1999, quedó modificado el artículo 6º, inciso 2), de la entonces vigente Ley de Habeas Corpus y Amparo (N° 23506), estableciendo la improcedencia de las acciones de garantía *“Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular”*, lo que *contrario sensu*, y siguiendo la jurisprudencia existente en aquel momento, significaba que si el proceso (sea este judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.
6. Casos posteriores de cuestionamiento a decisiones arbitrales no se volverían a presentar durante un periodo relativamente largo. Es recién en el año 2005 que el Pleno del Tribunal Constitucional, utilizaría un proceso en el que colateralmente se discutía un arbitraje, para teorizar nuevamente sobre el tema, esta vez de un modo mucho más detallado. Se trata de la sentencia recaída en el proceso de habeas corpus promovido por Felipe Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima (STC 6167-2005-PHC/TC). En esta Ejecutoria y al margen de las consideraciones teóricas en ella desarrolladas y que abogan decididamente por el control constitucional de las decisiones arbitrales, se sentarán los siguientes criterios: **a)** El control judicial es siempre *a posteriori* y se ejerce a

través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje (Nº 26572); **b)** El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que tratándose de materias de competencia del fuero arbitral, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4, del citado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas; en ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo; y **c)** En este contexto, el control constitucional jurisdiccional se desenvuelve *a posteriori*, cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, que los vinculan en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

7. Tiempo después y mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited (STC 4972-2006-PA/TC), el Tribunal Constitucional volverá a pronunciarse sobre el tema, reiterando algunos de los criterios establecidos hasta entonces a la par que ampliando algunos otros. El razonamiento, en esta ocasión, se sintetiza en tres extremos: **a)** El control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta [*sic*] vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva, y siempre que se haya agotado la vía previa; **b)** El control constitucional procede cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente; **c)** El control constitucional opera cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.).
8. Más recientemente el Tribunal Constitucional aborda de nuevo el tema y agrega algunos aspectos adicionales, mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por PROIME Contratistas Generales S.A. contra los miembros del Tribunal Arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú (STC 4195-2006-PA/TC). En dicho pronunciamiento, se habla hasta de cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral. Conforme a éstas [*sic*]: **a)** El amparo no procederá cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral; **b)** Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el

proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación; **c)** El amparo no procede cuando se cuestione las interpretaciones del tribunal arbitral respecto a normas legales, a menos que de tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva o al debido proceso; **d)** La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que en ello se advierta una manifiesta arbitrariedad, que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo; **e)** Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

9. Como puede apreciarse, el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no siempre ha sido el mismo y las reglas en su momento instituidas han ido no solamente variando con el curso del tiempo, sino que algunas han sido retocadas con distinta intensidad.

### Los alcances de la jurisdicción arbitral

10. De acuerdo con el Artículo 138º de la Constitución Política del Perú: *“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”*. A su turno el artículo 139º inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, *“La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”*, quedando claramente establecido que *“No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”*.
11. A partir de lo establecido por la norma fundamental, *“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 para las controversias que se generen en la contratación internacional”* (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, *“este Tribunal 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).*

12. Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, *“la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).*
13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

### **El modelo de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral y la necesidad de reacomodarlo a lo previsto en el Código Procesal Constitucional**

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.
15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal

- que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo [sic] podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ese el sentido del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.
16. En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.
  17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquel que opera sólo [sic] y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.
  18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste [sic] involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CPCConst.
  19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera

naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

### **Improcedencia del amparo arbitral**

- a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún [*sic*] cuando éstos [*sic*] constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65º e inciso 1 del artículo 73º de la Ley N.º 26572, respectivamente.
- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63º [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65º [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

- e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo *[sic]* podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

### Supuestos de procedencia del amparo arbitral

- 21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:
  - a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
  - b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
  - c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste *[sic]* haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún

caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

## El control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral

22. Líneas arriba hemos recordado que, conforme al artículo 139<sup>o</sup> inciso 1) de la Constitución, el arbitraje es una jurisdicción independiente del Poder Judicial o jurisdicción común, que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición.
23. Esto no afecta el *principio de unidad de la función jurisdiccional* (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado este Tribunal, *“de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución”* (STC 0004-2006-PI/TC, fundamento 10).
24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138<sup>o</sup> de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138<sup>o</sup> no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; *“por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.<sup>o</sup> (...), más aún [sic] si ella misma (artículo 38.<sup>o</sup>) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).
25. Esto resulta más evidente aún [sic] si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, *“el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin*

*es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.*

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo [sic] podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

### **Dilucidación de la controversia**

27. Como se ha visto con anterioridad, el objeto del presente proceso constitucional es reponer las cosas al estado anterior a la expedición del laudo arbitral, supuesto vulnerador de los derechos constitucionales invocados por la recurrente.
28. De autos puede apreciarse que lo que la recurrente expresa en su demanda es su discrepancia con la interpretación hecha por el árbitro demandado a la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera (a fojas 46 y 47) “modificado por el Contrato de Cesión de Posición Contractual, del 7 de diciembre de 2007” en cuanto la fecha en que Aurífera Huachón S.A.C. debía iniciar las actividades de exploración minera. Alega también la recurrente su discrepancia con el laudo en cuanto a las normas aplicadas por el árbitro para la interpretación del referido contrato y la valoración realizada por éste [sic] a los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral, que definieron la cuestión de fondo discutida en el arbitraje.

29. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional considera que los hechos propuestos por la recurrente no constituyen causal que amerite la revisión del laudo arbitral a través del proceso de amparo; por ello la demanda debe ser desestimada.

### **Establecimiento de precedentes vinculantes**

30. Habiéndose establecido en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia nuevas reglas en materia de amparo contra las decisiones emanadas de la jurisdicción arbitral y sobre el ejercicio del control difuso de constitucional en dicha jurisdicción, este Supremo Intérprete de la Constitución, habida cuenta de la importancia de la materia involucrada, considera pertinente su reconocimiento a título de precedentes vinculantes, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
31. A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano”, toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente. Por seguridad jurídica y en vía excepcional las partes pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria.

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

### **HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Disponer que las reglas establecidas en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**ETO CRUZ**  
**URVIOLA HANI**

## VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. La empresa demandante interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el árbitro único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución de fecha 22 de setiembre de 2009, recaída en el caso arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, debiéndose ordenar que se retrotraigan las cosas al estado anterior; esto es antes de la expedición del referido laudo, puesto que se están afectando los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Refiere el recurrente que el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento del inicio de la exploración minera. Más aún [*sic*] el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

2. El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima declara la improcedencia liminar de la demanda considerando que la sociedad recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. La Sala Superior revisora confirma la apelada considerando que la demanda es improcedente en atención a que existe el recurso de anulación de laudo, constituyendo dicha vía la satisfactoria a efectos de la protección de la pretensión solicitada.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por

notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar.

4. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo [*sic*] referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. Debo señalar que el artículo 47º del Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
7. En atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo [*sic*] para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, [*sic*] y excepcionalmente en cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto controvertido.
8. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia –pese al rechazo liminar de la demanda– es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

*“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.*”

*El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.*

*Asimismo, 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.* [sic] (subrayado agregado)

9. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que se *deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vincularlo no solo al proceso sino a la decisión. Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respeta ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.
10. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesariamente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es

decir ¿cómo puede exigirse el cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes?. La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de una decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está existen casos en los que es evidente que el presunto demandado –si bien no ha sido emplazado con la demanda– conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.

11. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas “formalidades” para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse que la defensa del presunto emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.
12. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a 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*”, parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo esa lógica el Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia única, puesto que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.

13. Tal posición del Tribunal es para mí inaceptable y intolerable, razón por la que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante una decisión emitida con la participación de una de las partes, puesto que no se tiene en cuenta que al no haber participado el emplazado no se encuentra vinculado con la decisión, puesto que para él no tendrá legitimidad.
14. Algunos constitucionalistas han querido justificar el ingreso al fondo de la controversia con la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Tal autonomía ha sido concebida para la defensa cabal de los derechos fundamentales, buscando dar flexibilidad a actos procesales que pudieran ser innecesarios para el objeto del proceso constitucional. Sin embargo tal autonomía no puede ser concebida por el Tribunal Constitucional como un instrumento para desnaturalizar el proceso, y mucho menos para que el Tribunal haga lo quiera, puesto que ello constituiría que no existirían reglas previamente impuestas sino que éstas *[sic]* se crearan en el camino, obligando a las partes a someterse a ellas, aun que éstas *[sic]* sean arbitrarias.
15. En tal sentido teniendo a la vista ambas posiciones y revisados los autos encuentro que efectivamente la demanda fue rechazada liminarmente, observándose que la empresa demandada ni siquiera se ha apersonado al proceso. Por ello afirmo que la empresa demandada no ha tenido participación alguna, razón por la que propiamente se le ha vedado su participación dentro del proceso, sin que exista algún argumento excepcional que pudiera justificar la emisión de dicha decisión.
16. Pero no solo advierto ello en el proyecto en mayoría, sino también que en un caso en el que no existe proceso ni demandado se están imponiendo reglas respecto a la admisión del proceso de amparo arbitral. La verdad es que considero en este voto un doble atrevimiento del tribunal cuando primero ingresa al fondo para rechazar definitivamente la demanda por infundada con una sentencia sin proceso y en contra de un auto de rechazo liminar, y segundo imponerle reglas a un demandado que por falta de conocimiento no ha sido escuchado en su defensa, siendo este el primer vinculado ante esa laguna procesal que se cierra.
17. Asimismo respecto a la imposición de dichas reglas debo manifestar que, conforme este Colegiado ha manifestado, no pueden existir islas exentas de control constitucional, razón por la que no considero admisible expresar tajantemente que no procede el amparo contra laudos arbitrales, puesto que puede darse el caso de una flagrante afectación de un derecho fundamental dentro de un proceso arbitral,

lo que obligaría a este Tribunal a ingresar al fondo de la causa a efectos de sancionar el presunto acto lesivo. Por ende considero que si bien he expresado que existen casos presentados por personas jurídicas con fines de lucro que no tienen asidero en el proceso constitucional, vale decir también que existen casos excepcionales que ameritan intervención por parte de este Colegiado, situación que podría presentarse incluso en un proceso arbitral.

18. Siendo ello así corresponde verificar si en el caso de autos existe una situación de urgencia que amerite la intervención de este Colegiado, y como consecuencia de ello la admisión a trámite de la demanda de amparo propuesta. En tal sentido tenemos que en el presente caso se presenta una demanda que cuestiona la validez de un laudo arbitral, argumentando que el árbitro demandado no ha fundamentado debidamente su resolución, puesto que existe una incompatibilidad en la clausula tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera, agregando además que el laudo cuestionado se fundamenta en la invocación de normas impertinentes. Revisada los autos no encontramos una situación singular o excepcional que amerite que este Colegiado intervenga en la presente causa, debiéndose tener presente además que la normativa pertinente brinda al actor la posibilidad de acudir al proceso de anulación de laudo, de manera que la sociedad recurrente debe acudir a él.
19. Por lo expuesto considero que el auto de rechazo liminar debe ser confirmado, correspondiendo la desestimatoria de la demanda por improcedente.

Por estas consideraciones mi voto es porque se **CONFIRME** el auto de rechazo liminar, y en consecuencia se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda de amparo propuesta.

**Sr.**

**VERGARA GOTELLI**

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto a mis colegas magistrados considero pertinente emitir el presente fundamento de voto:

1. De acuerdo con la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008: *“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”*.
2. Esta Disposición introduce un cambio radical en el modo de concebir el recurso de anulación regulado en los artículos 62º a 66º del Decreto Legislativo N° 1071. Es decir, para el Legislador (delegado, en este caso), el recurso de anulación debe considerarse una vía idónea e igualmente satisfactoria y no una vía previa cuando se trata de cuestionar actos de la jurisdicción arbitral. Y es que, desde mi punto de vista, el mal llamado “recurso” de anulación constituye en realidad un auténtico proceso judicial de impugnación del laudo arbitral.
3. El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la primera línea de defensa de los derechos fundamentales corresponde a los jueces ordinarios por cuanto también ellos están vinculados directamente a la Constitución. En ese sentido, en el proceso judicial de impugnación de laudo arbitral, los jueces ordinarios deben verificar y garantizar que los derechos fundamentales se hayan respetado en el procedimiento del arbitraje y en el momento de dictar el laudo arbitral.
4. De este modo el Tribunal Constitucional no abdica de su función de defensa de los derechos fundamentales en el ámbito arbitral, sino que, por el contrario, permite que los jueces ordinarios actúen también como jueces constitucionales; esto último en el sentido que están obligados a impedir o reparar la lesión de dichos derechos. Más

aún [sic], a mi juicio, el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, a lo largo de su articulado, prevé diversas formas de garantizar los derechos fundamentales, como es fácil advertir de una lectura y análisis integral del mencionado Decreto Legislativo.

5. Y es que, desde el momento mismo en que se prevé y se regula el “recurso” de anulación, es evidente que quien participa en un procedimiento arbitral no renuncia a sus derechos fundamentales de justicia, en tanto tiene la posibilidad de recurrir a la vía judicial a través, precisamente, del proceso de impugnación del laudo arbitral. La intervención judicial, a través de un control posterior del arbitraje, elimina cualquier posibilidad de considerar al arbitraje como una isla desvinculada de los derechos fundamentales.
6. El propio Decreto Legislativo N° 1071 (artículo 3º.4) precisa que “[n]inguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo (...)”. Es erróneo, por tanto, sostener que el arbitraje está exento de control judicial y, de otro lado, que no estén vinculados a los derechos fundamentales de justicia esenciales en un Estado constitucional y democrático.
7. Dentro de este contexto pareciera que la intervención de la jurisdicción constitucional queda excluida. Ello no es así. La resolución judicial que pone fin a la impugnación del laudo arbitral puede, como es evidente, a tenor del artículo 200º inciso 2 de la Constitución, dar lugar a un proceso de amparo contra una resolución judicial, siendo exigible los presupuestos procesales para cuestionar la constitucionalidad de una decisión judicial.
8. El control constitucional de la resolución que resuelve el proceso de impugnación del laudo arbitral es, en mi opinión, verdaderamente excepcional, tanto por las garantías que ofrece para los derechos fundamentales el Decreto Legislativo N° 1071, como por la previsión del control judicial posterior a través del “recurso” de anulación. El verdadero problema se ubica, sin embargo, en determinar cuándo debe proceder el amparo contra resolución judicial que resuelve el “recurso” de anulación.
9. Pueden plantearse, como es obvio, diversos modelos de control. Considero, por mi parte, que son tres las exigencias elementales que debe cumplir quien recurre al amparo contra una resolución judicial emitida en el proceso de impugnación de laudo arbitral, a saber: (1) *agravio manifiesto*, lo cual quiere decir que el juez constitucional,

sin necesidad de realizar un análisis minucioso y sin requerir mayor actuación probatoria, se convenza de que existe la vulneración de un derecho fundamental; (2) *carga de la prueba*, según la cual la demostración del agravio manifiesto corresponde íntegramente a quien alega tal agravio; (3) *relevancia constitucional del petitorio*, lo que quiere decir que el amparo contra la decisión judicial que resuelve el “recurso” de anulación, no puede contener como pretensión la resolución de la cuestión objeto de controversia en el arbitraje, la modificación del laudo, la valoración de pruebas o la apreciación de los hechos, entre otros.

10. Dichas exigencias se justifican por lo señalado en el fundamento 8 del presente voto, que intrínsecamente contiene la siguiente regla: cuanto más garantías procesales y materiales contenga una ley que regula un procedimiento específico y, además, prevea la intervención del juez ordinario, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser ostensiblemente menor. Con ello, como ya he señalado, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser verdaderamente excepcional y sólo [*sic*] en casos claros de violación de derechos fundamentales.
11. En la medida que el procedimiento arbitral se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las Partes, los derechos de justicia no se despliegan con la misma intensidad como sí lo hacen en los procesos judiciales. Existe, pues, una presunción de legitimidad de los actos y decisiones de los árbitros. Así como las leyes y las resoluciones judiciales, también las decisiones de los árbitros se presumen constitucionales. La contravención de los derechos fundamentales debe ser, por tanto, cumplidamente probada.
12. De otro lado, el reconocimiento del control difuso arbitral exige también resaltar que los tribunales arbitrales deben ejercer esta facultad con especial prudencia, a fin de no desnaturalizar el fundamento del arbitraje (el convenio arbitral). Así como una excesiva judicialización del arbitraje puede llevar a desconocer su carácter célere y alternativo de solución de conflictos sustentado esencialmente en la autonomía de la voluntad, una desvinculación absoluta de los derechos fundamentales es irrazonable en el actual Estado constitucional democrático.
13. Con todo, los árbitros no deben perder de vista que, en cierta forma y sentido, son también “jueces constitucionales”, en tanto no es posible que realicen su labor de espaldas a la Constitución.

S.

URVIOLA HANI

EXP. N° 00987-2014-PA/TC  
SANTA  
FRANCISCA LILIA VÁSQUEZ ROMERO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Francisca Lilia Vásquez Romero contra la resolución de fojas 278, de fecha 14 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 12 de marzo de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como contra el Presidente y el Procurador Público del Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Exp. N° 1460-2006 desde la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre de 2009 hasta el Decreto N° 5, de fecha 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado sus derechos “al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva”.

Refiere que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago que es civil lo transformó en constitucional

y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada; y que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Exp. N° 1460-2006.

El Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, porque la recurrente pretende replantear la controversia pese a que ha sido debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados; y en razón a que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, por cuanto la Resolución N° 40 le fue notificada el 26 de octubre de 2011.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que entre la fecha de notificación de la Resolución N° 40 y la de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción.

## FUNDAMENTOS

### § Procedencia de la demanda

1. Antes de dilucidar la controversia, el Tribunal Constitucional estima necesario pronunciarse respecto a la declaración de improcedencia liminar de la demanda.
2. El Tercer Juzgado Civil de Chimbote declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que la actora pretende replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. En consecuencia, se estimó de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Considera, además, que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, lo cual supone –aunque no haya sido expresamente citada– la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del mismo cuerpo legal.
3. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa confirmó dicho pronunciamiento por considerar que el plazo de prescripción transcurrió en exceso, siendo de aplicación el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
4. Debe tenerse presente que sólo [*sic*] cabe acudir al rechazo liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de

su improcedencia. Dicho con otras palabras, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el Código Procesal Constitucional.

5. En ese sentido, corresponde analizar ambos pronunciamientos a efectos de verificar si la demanda se subsume, o no, en alguno de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional, conforme lo dispone, además, el numeral 47º del mismo.
6. Respecto a la configuración de la causal de improcedencia prevista en el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que la demandante ha alegado que no se le han notificado resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema; supuestas vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso.
7. En cuanto al cómputo del plazo de prescripción, conviene tener presente que el inciso 5) del artículo 44º del Código Procesal Constitucional, prescribe que “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.
8. Al respecto, la demandante aduce que hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto Nº 40, de fecha 19 de octubre de 2011, de modo tal que el agravio invocado consistiría en una omisión, razón por la cual no habría transcurrido el plazo de prescripción para interponer la demanda y por ello no cabría aplicar la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.
9. El Tribunal Constitucional entiende que esta alegación de hechos se encuadra, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso.
10. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y debe realizarse luego de trabada la litis.

## § El Recurso de Agravio Constitucional planteado en autos

11. Establecido lo anterior, cabe decidir si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada improcedente *in limine*, y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento

sustantivo, corresponde ordenar que el Juez del Proceso la admita a trámite.

12. El inciso 2º del artículo 202 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional:

“... 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

13. Por ende, la competencia de este Tribunal se habilita frente a aquellos casos en los que se haya declarado improcedente o infundada la demanda.

14. En el contexto de este diseño normativo, cabría preguntarse cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes por completo de fundamento, como la que sostiene que los jueces demandados incurrieron con su resolución en delito de lesa humanidad.

15. En el Recurso de Agravio Constitucional se afirma que:

a. “... advirtiendo que es una falsedad y un fraude, el Auto Nº 38 del 4-12-2009 expedido por los vocales Walter Ramos Herrera, Angela Graciela Cárdenas Salcedo y Jesus Sebastián Murillo Domínguez para hacer cobrar a Scotiabank Perú SAA [sic] la falsa deuda de los 3 pagarés que no están firmados por los recurrentes” (Fojas 300 de autos).

b. “... resolviendo una cosa por otra y como litigantes y juez y parte contra la agraviada, sin desvirtuar la infracción a mis derechos humanos y sin precisar la ley que les faculte hacer a Scotiabank que cobre deuda falsa” (Fojas 301 de autos); y

c. “... Agravio Moral: Se ha causado y sigue causando una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena, estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos” (Fojas 314 de autos).

16. Si bien la demanda se refería, *prima facie*, al debido proceso, como se ha señalado, los planteos de la demandante carecen por completo de fundamentación constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que en casos como este, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo.

17. Tal posición se sustenta en diferentes principios relacionados con la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, para efectos del presente caso, en los de economía e informalidad [*Cfr.* STC 04587-2004-PA/TC, fundamentos 16 a 19].
18. Por lo que hace al principio de economía procesal, este Tribunal ha establecido que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario obligar a las partes a reiniciar el proceso, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no sólo [*sic*] se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.
19. En cuanto al principio de informalidad, este Tribunal ha precisado que si en el caso concreto existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, éste [*sic*] se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo [*sic*] hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el “(...) logro de los fines de los procesos constitucionales”, como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

### § **Justificación del pronunciamiento sobre el fondo en el presente caso**

20. Un pronunciamiento sustantivo en el presente caso no afectará el derecho de defensa de todas las partes emplazadas, como así lo demuestran las instrumentales que obran en autos y lo confirma la línea jurisprudencial asumida por este Tribunal ante supuestos análogos. En efecto, y en lo que se refiere a los órganos judiciales demandados, conviene recordar que el Tribunal Constitucional peruano, tratándose de supuestos de amparo contra resoluciones judiciales, como ocurre en el caso de autos, ha considerado que, ante afectaciones al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación de los órganos judiciales demandados, al tratarse de cuestiones de puro derecho [*Cfr.* Sentencia recaída en el Expediente N° 05580-2009-PA/TC, fundamento 4].
21. En el caso concreto, la pretensión incoada se circunscribe a cuestionar determinadas resoluciones judiciales, razón por la cual, para este Tribunal, la falta de participación de los órganos judiciales emplazados

en el presente proceso no constituye razón suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado. Este Tribunal Constitucional entiende que en autos existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento de fondo, resultando innecesario condenar a las partes a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede dilucidarse.

22. En todo caso, de autos se verifica que los emplazados han sido notificados en diversas oportunidades con cada uno de los diferentes actos procesales posteriores al concesorio del recurso de apelación, conforme consta a fojas 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 233, 234, 235, 236, 239, 241, 243, 251, 253, 255, 262, 263, 264, 266, 268, 270, 272, 273, 275, 277, 282, 283, 285, 287, 289, 290, 292, 294, 296, 317, 318, 319, 320, 322, 324, 326, 328, 330 y 332, con lo cual su derecho de defensa no se ha visto afectado en tanto han tenido conocimiento oportuno de la existencia del presente proceso. Por lo expuesto, para este Tribunal queda claro que el derecho de defensa de los emplazados ha quedado plenamente garantizado en la presente causa, toda vez que tuvieron la oportunidad de hacer ejercicio de él.
23. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que si bien es cierto la demanda de amparo de autos no se admitió a trámite, sin embargo, una evaluación de los actuados evidencia:
  - a) En atención al principio de economía procesal, que en autos existen suficientes recaudos y elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; y,
  - b) Por lo que hace al principio de informalidad, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial, quien fue debidamente notificado a partir del concesorio del recurso de apelación.
24. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional considera que es competente para resolver el fondo de la controversia.

## § Petitorio de la demanda y argumentos de la demandante

25. Conforme consta en los antecedentes de la presente sentencia, mediante la demanda de amparo de autos la recurrente persigue que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercera preferente de pago correspondiente al Expediente N° 1460-2006

desde la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre de 2009, hasta el Decreto N° 5, de fecha 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado, según alega, sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva.

26. La actora manifiesta que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago, que es de naturaleza civil, lo “transformó” en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Añade, por último, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente N° 1460-2006.
27. En el momento de examinar el fondo de la cuestión, se advierte que la demanda se sustenta en afirmaciones como las que se indican a continuación:

- a) “(...) los jueces del 4º Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa – Chimbote en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares judiciales y evidentemente en acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente N° 1460-2006” (fojas 70, énfasis agregado).
- b) “(...) los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo 1º de la Ley N° 27682, la Constitución, las leyes, el debido proceso y en cadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los trasgresores agresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida” (fojas 72, énfasis agregado).
- c) “(...) la fraudulenta demanda cambiada al número 1460-2006, está expresado y precisado hasta la saciedad que esa demanda está interpuesta, admitida y tramitada violada [sic] reiteradamente el debido proceso. Y siendo que el Poder Judicial con sus magistrados como juez y parte en su interés litigando en lugar del Banco y rehusándose escuchar, oír y entender el reclamo de la recurrente” (fojas 97, énfasis agregado).

## § Análisis de la controversia

28. La recurrente alega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva, porque los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote, los jueces de la Sala Superior emplazada y los jueces de las Salas Supremas emplazadas se habrían confabulado para litigar en su contra y tramitar con fraude el proceso de tercería preferente de pago recaído en el Expediente N° 1460-2006 y favorecer al Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank).
29. Sin embargo, de la revisión de los actuados este Tribunal advierte que no obra medio probatorio alguno que acredite tales alegatos. En efecto, de los actos procesales aportados no se evidencia la confabulación alegada, ni el fraude imputado, y también cabe enfatizar que ninguno de ellos prueba que a la recurrente se le haya imposibilitado o negado el libre acceso al órgano jurisdiccional.
30. En consecuencia, y respecto de este primer extremo, el Tribunal Constitucional estima que no se ha acreditado la violación de los derechos invocados *supra*.
31. De otro lado, la recurrente también alega que no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011.
32. Sobre el particular, de la lectura del escrito de demanda se infiere que la recurrente conoce el contenido de los referidos actos procesales, toda vez que ha transcrito la parte considerativa del Decreto N° 40, lo cual permite presumir a éste [*sic*] Tribunal que éstos [*sic*] sí le fueron notificados, *máxime* cuando en autos no obran suficientes elementos de prueba que permitan arribar a la *convicción de que lo manifestado sea cierto*. En consecuencia, y respecto de este extremo, este Tribunal estima que no se encuentra probada la violación alegada.
33. En cuanto a la alegada violación del derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley, que en puridad se refiere al derecho a la jurisdicción predeterminada por ley, debe tenerse en cuenta que este Tribunal consideró que, eventualmente, dicho derecho podría haberse visto afectado en el presente caso (*Cfr.* Fundamento 9, *supra*). Al respecto conviene recordar que su contenido plantea dos exigencias muy concretas: en primer lugar, que quien juzgue sea un juez u órgano con potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada ex profesamente para

desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. Y, en segundo término, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 0290-2002-HUTC].

34. Al respecto, cabe precisar que de la Resolución S/N, de fecha 9 de julio de 2010, emitida por la Sala Civil Suprema emplazada, y que corre a fojas 57 de autos, se desprende que la causa le fue remitida a la Sala Constitucional Suprema emplazada porque se solicitó “la tercería preferente de pago ante una posible ejecución de un predio rústico, constituido por la parcela de terreno N° 11283”. Tal es la justificación expresada por la Sala Civil Suprema emplazada para remitir la causa a la Sala Constitucional Suprema emplazada, la cual es conforme con el inciso 4) del artículo 35° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que prescribe que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce “De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala”.
35. En consonancia con esta disposición, la Resolución Administrativa de Presidencia N° 006-2001-P-CS, de fecha 30 de abril de 2001, dispone en su artículo 1° que la referida Sala es la competente para conocer “de los recursos de nulidad y casaciones agrarias pares e impares (...)”.
36. En tal sentido, debe tenerse presente que la demandante no ha negado ni contradicho que la mencionada parcela de terreno sea un predio rústico, de manera que resulta claro que la Sala Constitucional Suprema emplazada se constituyó en el órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver su recurso de casación, por cuanto la materia versó sobre un asunto de derecho agrario, como lo es la posible ejecución de un predio rústico. Por lo mismo, este Colegiado puede concluir que tampoco se ha lesionado el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley.
37. Estando a lo expuesto y al no haberse acreditado los hechos que sustentan la pretensión, el Tribunal Constitucional estima que la presente demanda debe ser declarada infundada.
38. Al respecto, enfatiza que demandas de esta naturaleza mediante las cuales se invocan derechos fundamentales pero sin demostrar en modo alguno de qué modo habría ocurrido la vulneración o qué contenido específico del mismo fue ilegítimamente intervenido, obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional.

## § Del examen del Recurso de Agravio Constitucional

39. Con fecha 9 de diciembre de 2013, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional solicitando que este Tribunal Constitucional corrija, según afirma, "... el grave error y causales de nulidad del prevaricador, fraudulento, incongruente y nulo auto N° 13 con el cual los eternos prevaricadores y fraudulentos encubiertos por la OCMA y el CNM rechazaron la demanda”.
40. El artículo 18 del Código Procesal Constitucional ha delineado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, estableciendo que tal recurso debe ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.
41. Una lectura descontextualizada de dicha disposición podría conducir a creer que bastaría para que se conceda el recurso con la desestimación de la demanda y el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, pero este Tribunal Constitucional ya ha señalado, en la STC 02877-2005-HC/TC, que “a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del Código Procesal Constitucional mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC” (Fundamento Jurídico 27).
42. Aún [sic] más, en dicho expediente, y con carácter de precedente, se dejó sentado que:

“Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC” (Fundamento Jurídico 31).
43. Lamentablemente, y a pesar de la claridad del precedente y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un Recurso de Agravio Constitucional manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.
44. La atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente.

45. El Reglamento Normativo de este Tribunal Constitucional, que actualmente se encuentra vigente, aborda este problema en su artículo 11:

“Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse”.

46. Queda claro que el precedente y el Reglamento normativo se orientan en el mismo sentido, por lo que no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes.

47. Este Colegiado ha sostenido que “resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela” (STC 04119-2005-AA, Fundamento jurídico 64, entre muchos otros) y por lo tanto debe concentrar sus recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente.

48. A fin de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el Tribunal considera indispensable en esta ocasión explicitar los supuestos en que, sin más trámite, emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, estableciendo el precedente vinculante que se desarrolla en el siguiente fundamento 49.

### § De la sentencia interlocutoria denegatoria

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:
- Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
  - La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

- 50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.
- 51. De este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Preservará, así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional.

### HA RESUELTO

- 1. Declarar **INFUNDADA** la demanda al no acreditarse la vulneración de derecho constitucional alguno de la recurrente.
- 2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la regla contenida en el fundamento 49 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

EXP. N° 04968-2014-PHC/TC  
LIMA  
LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR  
DE ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE  
Y OTRA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de noviembre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan, y la abstención del magistrado Blume Fortini aprobada por el Pleno el 5 de mayo de 2015.

536

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luciano López Flores, a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernerbug de Toledo, contra la resolución de fojas 774, de fecha 1 de agosto de 2014, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 11 de noviembre de 2013, don Luciano López Flores interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernerbug de Toledo contra la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Moción de Orden del Día N° 7009 que le otorga a dicha Comisión facultades para investigar las presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del expresidente de la República Alejandro Toledo y otras personas vinculadas a él, así como investigar el origen de los fondos para la adquisición de una residencia, tres estacionamientos vehiculares y un depósito. Asimismo, se pretende la

declaración de nulidad de todos los actos procesales desarrollados durante la referida investigación, y que una vez superados los aludidos vicios de nulidad se ordene a la Comisión –de ser el caso– la realización de una nueva investigación acorde con las exigencias del debido proceso.

Se alega la vulneración de derechos fundamentales a la debida motivación y a la observancia de la razonabilidad en el uso de la causal de interés público; a la defensa técnica y la asistencia letrada; a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo; a un procedimiento preestablecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria; a ser oído; a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; a intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria; a una investigación parlamentaria independiente e imparcial; a la defensa y debida motivación en el levantamiento del secreto bancario; dando lugar a una amenaza potencial de la libertad individual.

Refiere que la Moción de Orden del Día N° 7009 vulnera el derecho fundamental a la debida motivación y el principio de razonabilidad al no justificar las razones de interés público que sustentan el uso de la facultad discrecional de investigación en sede parlamentaria. Indica que de acuerdo a una correcta interpretación del artículo 88 del Reglamento del Congreso los procedimientos de investigación sobre asuntos de interés público son siempre relativos a la actuación de los funcionarios públicos y no de particulares, salvo que estos tengan algún nivel de relación con el aparato estatal. Asimismo, refiere que en la moción no se especifican las razones de hecho y de Derecho que en su conjunto justifiquen que la indagación sobre el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles tiene alguna vinculación con el funcionamiento del aparato público en la actualidad, ni las razones que sustenten que la decisión de investigar resulte acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sostiene que se ha afectado el derecho fundamental a la defensa técnica y la asistencia letrada, puesto que el Presidente de la Comisión, el congresista Vicente Zeballos Salinas, mediante Oficio N° 235/2/2013-2014/CFC-CR rechazó por insuficiente el apersonamiento procesal de la defensa del expresidente Alejandro Toledo recaída en el abogado Luis Lamas Puccio, debido a un aparente error formal en la rúbrica del expresidente Alejandro Toledo, con el objetivo de poner trabas a la designación de dicho letrado y no dar trámite a los actos de ejercicio de la defensa técnica. Afirma que el supuesto error es en todo caso irrelevante porque en modo alguno vicia la voluntad del beneficiario de designar a un abogado de su elección, la cual era de conocimiento público. De otra parte, señala que en las sesiones en las que se realizaron preguntas a los beneficiarios de la presente demanda, se limitó y entorpeció la labor de la defensa técnica y las objeciones de

su abogado relativas a su indebida formulación, objeciones que dada su reiteración y no concreción no fueron tomadas en cuenta.

Alega que en las mismas sesiones ambos beneficiarios fueron compelidos e inducidos a reconocer culpabilidad por los hechos materia de investigación, formulándose preguntas sobre si “mintió”, sobre “si es cierto” o “no cierto”, o aconsejándoles que se acojan a la confesión sincera. Sostiene que los congresistas han ejercido su autoridad para obligar a los favorecidos a que respondan, formulándolas reiteradamente a pesar de que ya habían sido contestadas. Indica que los congresistas sostuvieron expresamente un supuesto derecho a reiterar las preguntas cuantas veces juzguen pertinente.

Considera que se ha violado el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, puesto que los beneficiarios de la demanda han sido sometidos a un procedimiento de investigación que no cuenta con reglas preestablecidas conforme a lo previsto en la STC N° 00156-2012-PHC, FF. JJ. 25 y 74. Afirma que recién en la segunda sesión ordinaria de la Comisión se aprueba su Reglamento Interno 2013-2014, en cuyo artículo 42 se regula de una manera general el trámite de las investigaciones, a pesar de que en la primera sesión se había aprobado levantar el secreto bancario de varias personas, entre las cuales se encontraba el expresidente Alejandro Toledo.

Aduce que se ha lesionado el derecho fundamental a una comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria, puesto que las citaciones de los beneficiarios no contienen la causa de la imputación, es decir, las acciones u omisiones que se imputan, su caracterización legal, ni tampoco los fundamentos probatorios que conducen a ella.

Refiere que ha sido afectado el derecho fundamental a ser oído en sede parlamentaria, puesto que el 16 de septiembre de 2014, mediante un escrito el expresidente Alejandro Toledo solicitó a la Comisión que se le permita asistir voluntariamente el 17 de setiembre para que en 20 minutos pueda compartir con los miembros de la Comisión sus reflexiones y datos sobre los hechos materia de investigación, además de solicitar que sea respetado el debido proceso. Sostiene que dicho escrito debía ser entendido como un pedido estrictamente ajustado al contenido esencial de su derecho fundamental a ser oído. Sin embargo, la Comisión dio trámite a su pedido bajo la figura de someterse a una estación de preguntas sobre los hechos materia de imputación. Por ello, afirma, si bien el beneficiario se presentó, lo hizo para solicitar que se reprogramme la cita, pues no había preparado su defensa.

Considera que se ha violado su derecho fundamental a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, en razón de que

ni el Reglamento del Congreso, ni el Reglamento Interno de la Comisión han previsto un plazo razonable para formular los descargos; a lo que se agrega que el pedido del abogado de acceder al expediente y a concreta y detallada información de diversas acusaciones de la investigación ha sido denegado al negarse su personamiento y su libre designación.

Alega que se ha afectado el derecho a intervenir en igualdad de condiciones en la actividad probatoria, puesto que los abogados de los investigados no pueden intervenir en el interrogatorio de los testigos que rinden su manifestación en las sesiones de la Comisión. Señala que la Comisión ha venido citando a declarar a diversos testigos e investigados sin que previamente se informe de ello al expresidente Alejandro Toledo, que tiene derecho a que su defensa técnica también interroge a los testigos e investigados.

Aduce que se ha atentado contra el derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial, puesto que diversos miembros de la Comisión han adelantado opinión y prejuzgado la supuesta responsabilidad del beneficiario.

Indica que se ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario, puesto que al beneficiario se le levantó el secreto bancario sin motivación alguna y sin cumplir previamente con la comunicación detallada de los cargos.

Refiere, finalmente, que hay una amenaza potencial al derecho a la libertad individual, puesto que el beneficiario corre el riesgo de verse afectado con un pedido de arraigo en nuestro país o de detención internacional, hecho en coordinación con la Fiscalía de la Nación, pues algunos congresistas han formulado dicha petición. Así, considera que hay indicios razonables de presión política que pueden viabilizar la afectación a la libertad individual.

El Procurador Público del Poder Legislativo contesta la demanda, solicitando que sea declarada improcedente, por considerar que no se ha precisado de qué manera se ha visto afectado o amenazado de manera, cierta e inminente, el derecho fundamental a la libertad individual; tampoco se ha fundamentado cómo la supuesta violación de los derechos invocados guarda relación con una supuesta afectación de la libertad individual.

Señala que de acuerdo a la Moción de Orden del Día N° 7009 lo que se pretende investigar no solo es la compra de unos inmuebles, sino el origen de los fondos para su adquisición, el cual podría remontarse a actos ilegítimos llevados a cabo durante de la gestión presidencial de Alejandro Toledo, motivo por el cual es claro el interés público subyacente a la investigación.

Afirma que se alude a determinados derechos reconocidos en la Constitución sin fundamentar debidamente el sustento jurídico de su pretensión. Así, no se demuestra que haya existido afectación del derecho de defensa, puesto que el Presidente de la Comisión Investigadora hizo saber públicamente que se le permitiría al abogado de los beneficiarios el acceso a la documentación de la investigación. En ningún momento los miembros de la Comisión han pretendido compeler al reconocimiento de culpabilidad, pretendiendo solamente esclarecer los asuntos que son materia de investigación. Sostiene que los beneficiarios tienen pleno conocimiento de los hechos que son materia de investigación, sobre todo si se tiene en cuenta que en el seno de la Comisión han formulado argumentos y presentado medios de prueba. El Reglamento del Congreso prevé que sean los propios congresistas que conforman la Comisión Investigadora los que tengan la responsabilidad de calificar y emitir un pronunciamiento sobre los hechos que se investigan, para que luego sea el Pleno del Congreso el que apruebe o no las conclusiones, por lo que no resulta dable señalar que existe una violación a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial.

El Tercer Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 7 de enero de 2014, de fojas 534, declaró improcedente la demanda por considerar que los hechos y fundamentos de la demanda no se encuentran referidos directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal. Señala que la amenaza al derecho fundamental a la libertad personal alegada es incierta, pues los planteamientos de la demanda se basan en suposiciones, conjeturas o apreciaciones subjetivas y que las conclusiones de una Comisión investigadora del Congreso, incluso si son aprobadas por el Pleno, no obligan a los órganos jurisdiccionales, siendo que en ningún caso el informe aprobado puede ordenar la restricción de derechos. Se concluye que no se ha afectado el derecho de defensa puesto que ambos beneficiarios acudieron a rendir su manifestación ante la Comisión asistidos por su abogado, quien pudo intervenir en la diligencia.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por considerar que no existe vulneración ni amenaza cierta e inminente al derecho fundamental a la libertad individual, y que con relación a las demás afectaciones alegadas relativas a otros derechos fundamentales no se advierte conexidad con el derecho fundamental a la libertad individual. Asimismo, se sostiene que no corresponde la conversión del proceso por no advertirse riesgo de irreparabilidad del daño a ningún derecho fundamental.

## FUNDAMENTOS

### §1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Moción de Orden del Día N° 7009 que le otorga a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República facultades para investigar presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique y otras personas vinculadas a él, así como investigar el origen de los fondos para la adquisición de una residencia, tres estacionamientos vehiculares y un depósito. Asimismo, se pretende la declaración de nulidad de todos los actos procesales desarrollados durante la referida investigación.

Se sostiene que en el desarrollo de dicho procedimiento de investigación se han vulnerado los derechos fundamentales a la debida motivación y a la observancia de la razonabilidad en el uso de la causal de interés público para iniciar una investigación parlamentaria; a la defensa técnica y la asistencia letrada; a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo; a un procedimiento preestablecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria; a ser oído; a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; a intervenir en igualdad de condiciones en la actividad probatoria; a una investigación parlamentaria independiente e imparcial; a la defensa y debida motivación en el levantamiento del secreto bancario; dando lugar a una amenaza potencial de la libertad individual.

### §2. Proceso constitucional de hábeas corpus y protección de la libertad individual

2. El artículo 200, inciso 1, de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus, “procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”. De ahí que si la violación o amenaza alegada no se encuentra referida al contenido protegido del derecho fundamental a la libertad individual o a una lesión *iusfundamental* conexas con este derecho, la demanda de hábeas corpus resulta improcedente.

En virtud del principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51), la regulación de estas condiciones que realiza el Código Procesal Constitucional (CPCons.), debe ser asumida como una concretización del citado precepto constitucional, no como su desvirtuación.

3. En la demanda se sustenta la supuesta procedencia de la vía del hábeas corpus bajo dos planteamientos. En primer lugar, se sostiene que existe amenaza al derecho fundamental a la libertad individual toda vez que un grupo de congresistas han formulado al Fiscal de la Nación “un pedido de arraigo en el país o de “detención internacional”<sup>153</sup>(sic) agregando que “el hecho que articulen pedidos de esta naturaleza da lugar a (...) sospechas y razonable preocupación de que exista un atentado contra la libertad individual de [los beneficiarios de la demanda]”<sup>154</sup>. Precisa la demanda, así, que su objetivo es “dotar de apariencia a la amenaza potencial del derecho a la libertad individual”<sup>155</sup>
4. No obstante, tal como establece el artículo 3 del CPCons., “[c]uando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”. Es decir, para la procedencia de un proceso constitucional de tutela de derechos contra una amenaza, aunque el acto que se considera que resultará lesivo del derecho fundamental aún [sic] no se ha verificado, deben brindarse argumentos para asumir con suficiente objetividad que, en efecto, se producirá (amenaza cierta). Pero no solo ello. Deben además acreditarse razones que permitan sostener que se producirá de manera muy próxima en el tiempo (amenaza inminente).

Por ello, este Tribunal, en jurisprudencia reiterada y uniforme, ha sostenido que la alegada amenaza no puede encontrarse respaldada en conjeturas, presunciones o simples sospechas (SSTC N° 2358-2007-PHC, F. J. 5; 4290-2008-PHC, F. J. 3; 3006-2009-PA, F. J. 3; 6117-2009-PHC, F. J. 3; 2170-2011-PHC, E. J. [sic] 3; 2170-2011-PHC, F. J. 3; 3556-2012-PHC, F. J. 3.2, entre otras).

5. Así sucede que no solo no se ha acreditado en forma alguna que el mencionado pedido de arraigo o detención se haya efectivamente solicitado al Ministerio Público, sino que incluso si ello en efecto se hubiese dado, dicho órgano carece de la atribución legal para dictar aquella clase de restricción o limitación de la libertad. Y aún [sic] en la hipótesis descartada de que pudiera, su condición de órgano constitucional independiente y autónomo impide asumir que la sola solicitud de limitación de libertad conlleve la certeza e inminencia de que se adoptará una decisión en ese sentido.

En definitiva, no se verifica en la causa una amenaza que cumpla con las características exigidas por el CPCons. para la viabilidad de un proceso constitucional de tutela de derechos.

153 Cfr. Escrito de demanda, p. 101, a fojas 101.

154 Cfr. Escrito de demanda, p. 103, a fojas 103.

155 Cfr. Escrito de demanda, p. 101, a fojas 101.

6. En segundo término, no escapa a la consideración de este Colegiado que a juicio de la parte demandante, un elemento determinante para considerar que el proceso de habeas corpus procede para proteger ciertas manifestaciones del derecho fundamental al debido proceso, con prescindencia de si resulta por conexión violada la libertad física, es lo sostenido en el F. J. 22 de la STC N° 00156-2012-PHC. En dicho fundamento se señala lo siguiente:

“En la siempre constante labor de optimización de los derechos fundamentales, la doctrina, la judicatura y el Código Procesal Constitucional, han ampliado los efectos protectores del proceso constitucional de habeas corpus. Este procede para amparar ‘el derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución’ [artículo 25 inciso [15] del Código Procesal Constitucional]. Y no cabe duda que ‘la observancia del trámite correspondiente’ hace referencia no a cualquier trámite, sino a aquel que tiene lugar con las garantías del debido proceso”.

7. El Tribunal Constitucional se ratifica en tal criterio. En efecto, merced al enfoque de nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de hábeas corpus no se encuentra orientado estricta y exclusivamente a la meritación de la eventual violación del contenido protegido de la libertad individual. Su ámbito tuitivo se ha extendido a la posibilidad de enjuiciar supuestas afectaciones a otros derechos fundamentales, en especial, aquellos que conforman el complejo espectro del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Sin embargo, como ya ha quedado dicho, ello es así solo en la medida que, atendiendo a las particularidades de cada causa, la protección del derecho fundamental al debido proceso apareje la tutela de la libertad individual. Y es que un razonamiento distinto sería ajeno al texto y al *telos* del artículo 200, inciso 1, de la Constitución.

En otras palabras, lo sostenido en el F. J. 22 de la STC N° 00156-2012-PHC no debe ser apreciado como un nuevo posicionamiento del Tribunal Constitucional sobre este tópico, sino como un criterio encuadrado en la ya consolidada jurisprudencia que hace del contenido protegido de la libertad personal el elemento *sine qua non* en la valoración material que tiene lugar en el proceso de hábeas corpus. Confirma lo señalado el hecho de que en la causa que dio lugar a la STC N° 00156-2012-PHC, como colofón a una serie de acontecimientos que tenían en su origen una investigación parlamentaria, un juez había dictado una orden de captura contra el

demandante, cosa que, ciertamente, no ha tenido lugar en el marco de los sucesos que dan mérito a la demanda de autos.

8. Así las cosas, dado que la parte demandante no ha acreditado que las supuestas afectaciones al debido proceso que plantea guarden conexidad alguna con una vulneración al derecho fundamental a la libertad individual, resulta improcedente pretender encausar la demanda en la vía del hábeas corpus.

### **§3. Sobre las condiciones de conversión de un proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo**

9. Ahora bien, bajo el umbral del principio procesal de elasticidad en virtud del cual los jueces constitucionales deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el CPCons. al logro de los fines de los procesos constitucionales, y del principio de economía procesal que ordena tratar de obtener la maximización de los resultados materiales del proceso con el mínimo empleo necesario de actividad procesal (ambos establecidos en el artículo III del Título Preliminar del CPCons.), el Tribunal Constitucional ha establecido una suma de reglas cuyo cumplimiento permite la conversión de un proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo (SSTC N° 5761-2009- PHC, F. J. 27; 0126-2011-PHC, F. J. 9).
10. Tales reglas son las siguientes: a) la conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia; b) la conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido, c) la conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; d) la conversión en ningún caso podrá dar lugar a la variación del petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; e) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; f) la conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado. A continuación se procederá al análisis acerca de si en la presente causa se cumplen estas condiciones.
11. En la demanda se alega la inconstitucionalidad de más de un acto en el marco de la investigación parlamentaria sobre una serie de hechos relacionados con el expresidente Alejandro Toledo Manrique y su esposa doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo, motivo por el cual resulta pertinente revisar si todos ellos se encuentran dentro del plazo de prescripción de 60 días hábiles contemplado en el artículo 44 del CPCons.

La parte demandante afirma que la Moción de Censura N° 7009 por vía de la cual se otorgó facultades de investigación sobre los referidos

hechos a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, resulta inconstitucional por encontrarse indebidamente motivada. Tal como queda acreditado con el Informe N° 001-2014-2015-ATD-DRRA, obrante a fojas 783 de autos, la referida Moción fue aprobada por el Pleno del Congreso de la República el 17 de julio de 2013. No obstante, el expresidente Alejandro Toledo es notificado de ello a través de la comunicación (Oficio N° 114/06/2013-2014/CFR-CR) que le fuera remitida notarialmente el 6 de setiembre de 2013 (obrante a fojas 337 de autos). Los demás actos cuestionados tienen como punto inicial la misma comunicación notarial.

Siendo ello así y dado que la demanda fue interpuesta el 11 de noviembre de 2013, en la presente causa no ha operado el plazo de prescripción con relación a ninguno de los actos cuestionados.

12. De otro lado, la demanda ha sido interpuesta por don Luciano López Flores, a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo. No obstante, ninguno de los favorecidos firma la demanda ni tampoco han comparecido de modo sobreviniente en el proceso.

El acceso al proceso de hábeas corpus está regido por la legitimación activa vicaria o flexible. En efecto, el artículo 26 del CPCons., en lo que ahora resulta pertinente, establece que “[la] demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación (...)”. No es ese el caso del proceso de amparo, en el cual es la persona que se considera lesionada en sus derechos la legitimada para interponer la demanda (artículo 39 del CPCons.), pudiendo en todo caso comparecer por medio de representante procesal, sin que sea necesaria la inscripción de la representación otorgada (artículo 40 del CPCons).

Sobre el particular, en el escrito de apelación se afirma lo siguiente: “quienes interpusimos la demanda no solo somos los abogados patrocinantes de los favorecidos, sino que contamos con poder suficiente como para interponer todo tipo de demandas a su favor, conforme consta en la Escritura Pública cuya copia certificada remitimos”<sup>156</sup>.

Empero, del análisis de la referida escritura pública, obrante a fojas 617 de autos, deriva que el poderdante es exclusivamente don Alejandro Toledo Manrique, mas no doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo, quien, sin embargo, como quedó dicho, aparece

156 Cfr. Escrito de apelación, p. 12, a fojas 586.

como beneficiaria de la demanda de hábeas corpus interpuesta. Por consiguiente, operada la conversión del proceso en uno de amparo, debe asumirse que este ha sido interpuesto solamente en representación del ex Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique.

13. Tal como se ha mencionado, otro de los requisitos para que opere la conversión de un proceso de hábeas corpus en uno de amparo es que ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho. Esta regla tiene sustento en lo previsto en el artículo 5, inciso 2, del CPCons., en virtud del cual no procede el proceso de amparo cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

En la STC N° 2383-2013-PA, FF. JJ. 12 a 15 se instituyeron como precedente constitucional vinculante unos criterios para la determinación de cuándo se está ante una vía procesal “igualmente satisfactoria” al proceso de amparo. Del análisis de tales criterios deriva que el riesgo de irreparabilidad del daño es un criterio medular, pero no el único que permite valorar la existencia o no de una vía igualmente satisfactoria.

14. Pero adicionalmente a ello, es preciso tener en cuenta de manera estricta que según lo previsto en el referido artículo 5, inciso 2, del CPCons., antes de ingresar en un juicio comparativo entre la vía procesal ordinaria y el amparo, aquella debe ser “específica”. Como es lógico, la inexistencia de esta determina la imposibilidad de ingresar en una comparación de vías.

Que deba tratarse de una vía procesal específica significa, cuando menos, que de su sola regulación legal derive con claridad que se encuentra orientada a controlar específicamente el acto que también puede ser controlado por el amparo y alcanzar la misma finalidad de este. Así, por ejemplo, si el acto que se reputa como vulnerador del derecho es una resolución judicial firme, no resultará de aplicación el artículo 5, inciso 2, del CPCons., pero no porque no exista una vía igualmente satisfactoria al amparo, sino porque de manera previa ni siquiera se ha podido detectar la existencia normativa de una vía específica que pueda controlar dicho acto bajo la misma concreta finalidad perseguida por el amparo.

15. Pues bien, resulta que los actos que tienen lugar en el marco de una investigación de una Comisión del Congreso de la República, no son susceptibles de ser controlados a través de ninguna específica vía procesal ordinaria. El artículo 1 de la Ley N° 27564 –Ley que regula el

Proceso Contencioso Administrativo–, es claro en disponer que dicho proceso –constitucionalizado por vía del artículo 148 de la Norma Fundamental– tiene por finalidad “el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”.

Es decir, la posibilidad de entablar una demanda contencioso administrativa contra un acto proveniente del seno del Parlamento, está condicionada a que dicho acto se encuentre encuadrado dentro del genérico accionar de este órgano en tanto perteneciente al aparato estatal en sentido lato (v.g. reglas de contratación de personal, de gestión patrimonial, entre otras). No obstante, dicha vía resulta improcedente cuando los miembros del Congreso de la República actúan en el marco de las competencias y atribuciones previstas en la Constitución y su Reglamento.

Nada de lo dicho debe ser interpretado en el sentido de que este Tribunal se adhiera a la ortodoxa tesis de los *interna corporis acta*, conforme a la cual los actos del Congreso de la República que carecen de incidencia externa, es decir, que agotan su virtualidad dentro de la propia esfera del Parlamento, no son susceptibles de control jurisdiccional. Con prescindencia de si un acto parlamentario trasciende o no más allá de la esfera subjetiva de los propios miembros del Congreso de la República, dicho acto es pasible de control por parte de la jurisdicción constitucional, en la medida de que resulte violatorio de los derechos fundamentales. Así lo exige el principio de supremacía constitucional, el cual en razón de su fuerza jurídica, somete y desvirtúa el principio político de soberanía parlamentaria.

Se trata tan solo de asumir que ante la inexistencia de una vía procesal específica para el control jurisdiccional de un acto parlamentario regido por la Constitución, el Reglamento o la costumbre parlamentaria, no cabe la aplicación del artículo 5, inciso 2, del CPCons., resultando procedente entablar contra dicho acto un proceso de amparo en tanto y en cuanto se le juzgue violatorio de algún derecho fundamental.

Por estas razones y además por el interés público que supone la impugnada investigación respecto de un expresidente de la República, existe mérito para valorar en el ámbito de un proceso de amparo la constitucionalidad de los actos derivados de la investigación parlamentaria seguida sobre el beneficiario de esta causa.

16. A lo expuesto se suma que la conversión del presente proceso de habeas corpus en uno de amparo no conllevará en ninguna medida la

variación del petitorio ni de la fundamentación fáctica de la demanda, ni tampoco implicará una afectación del derecho de defensa de la parte demandada, puesto que en la contestación de la demanda, obrante a fojas 508 y siguientes, se han planteado los argumentos de forma y de fondo en virtud de los cuales se considera que la pretensión debe ser desestimada.

17. Así las cosas, cumplidos los presupuestos procesales correspondientes, entiéndase convertido el presente proceso en uno de amparo, interpuesto exclusivamente a favor del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique.

#### **§4. Sobre el interés público como causa para la formación de una Comisión de Investigación en el Congreso de la República**

18. La parte demandante sostiene que la Moción de Orden del Día N° 7009 que le otorga a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República facultades para investigar presuntas irregularidades en una suma de hechos vinculados al expresidente de la República Alejandro Toledo no cumple con el deber de motivar las razones de interés público que justifican la investigación, y por ende, incurre en una violación del derecho fundamental a la debida motivación.

Justifica su planteamiento afirmando que “[e]l control político parlamentario instrumentalizado a través de los procedimientos de investigación se orienta, exclusivamente, a indagar el comportamiento, la conducta de los órganos de gobierno del aparato público estatal. No están en ese espacio público los particulares, los privados, salvo que estos guarden algún nivel de relación con la actuación estatal”<sup>157</sup>. Y a pesar de ello, a su juicio, en la Moción “[n]o se identifica ni la actuación de determinado órgano del aparato público que se pretende investigar ni algún funcionario público, en ejercicio del cargo, relacionado con el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles por parte de la suegra del ex Presidente Alejandro Toledo Manrique”<sup>158</sup>.

19. El artículo 97 de la Constitución, en lo que ahora resulta pertinente, establece lo siguiente: “El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. (...)”. [sic]

---

157 Cfr. Escrito de demanda, p. 17, a fojas 18.

158 Cfr. Escrito de demanda, p. 25, a fojas 26.

Por su parte, el artículo 88 del Reglamento del Congreso, *ab initio*, dispone lo siguiente: “El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables, de acuerdo con las siguientes reglas”.

20. Como se aprecia, ninguno de los preceptos determina cuáles son las condiciones que debe ostentar el “asunto” para que pueda ser calificado de “interés público”. Empero, el aludido artículo 88 brinda elementos que permiten una primera delimitación. En efecto, si las conclusiones y recomendaciones de la Comisión de Investigación deben estar “orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables”, resulta que el asunto debe encontrarse vinculado con el resguardo de la denominada ética pública, esto es, con la eventual afectación de la ética reconocida en las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, cuyo respeto es imprescindible para la convivencia pacífica y el respeto por los derechos fundamentales como condición necesaria para la efectiva vigencia del principio-derecho de dignidad humana.

Pero no puede tratarse de asuntos relacionados con la ética privada, es decir, con asuntos relativos a los variados modelos de virtud con los que los ciudadanos despliegan válidamente su libertad y construyen su proyecto de vida, aun cuando pueda una importante mayoría social discrepar con tales perspectivas de pensamiento y de acción.

No puede, pues, confundirse el sentido axiológico o prescriptivo del “interés público”, con el sentido sociológico o descriptivo del “interés del público”. En un Estado Constitucional, no todo asunto que *de facto* interesa a la ciudadanía, justifica jurídicamente que los poderes públicos lo aborden para desencadenar consecuencias *de iure*. Si aquel fuese el factor determinante para considerar que un asunto reviste interés público, la dignidad humana se encontraría en serio peligro.

21. A su vez, el artículo 5 del Reglamento del Congreso establece que la función de control político comprende, entre otras cuestiones, “la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado”. Es decir, hay una asociación entre las investigaciones congresales y el propósito de velar por el regular tratamiento de la cosa pública.

Así, bajo una interpretación sistemática, puede agregarse que, en general, *los asuntos relacionados con el resguardo de la debida gestión estatal son de interés público, y por tanto, pueden ser objeto de investigación por el Congreso de la República.*

22. Ahora bien, ello no significa, como se afirma en la demanda, que “la responsabilidad que resulte fruto de las investigaciones tendría que recaer, siempre, en los funcionarios públicos sujetos o no al antejuicio político”<sup>159</sup>. Mientras el asunto revista interés público en los términos antes señalados, la investigación puede recaer sobre hechos vinculados también con particulares.

La parte demandante alega que su conclusión deriva “de la lectura de los incisos g), h), i) y j) del (...) artículo 88 del [Reglamento del Congreso]”<sup>160</sup>. Empero, se pierde de vista que el literal b) del mismo precepto señala que “[l]as autoridades, los funcionarios y servidores públicos **y cualquier persona**, están en la obligación de comparecer ante las Comisiones de Investigación y proporcionar a estas las informaciones testimoniales y documentarlas que requieran” (énfasis agregado).

De hecho el propio literal g) al que alude la demanda refiere que “[c]uando de las investigaciones que realizan las Comisiones de Investigación aparezca la presunción de la comisión de delito, el informe de la Comisión establece hechos y consideraciones de derecho, con indicación de las normas de la legislación penal que tipifiquen los delitos que se imputan **al investigado o a los investigados**, concluyendo con la formulación de denuncia contra los presuntos responsables” (énfasis agregado), sin que en modo alguno exprese que tal investigado o investigados deban ser funcionarios públicos.

Es incorrecto afirmar, por lo demás, como se hace en la demanda, que “los incisos i) y j) del artículo 88 del Reglamento del Parlamento distinguen el procedimiento a seguir tratándose del hallazgo de delitos cometidos por funcionarios públicos no sujetos al beneficio de antejuicio político de aquellos que sí tienen tal beneficio”<sup>161</sup>, pretendiendo sostener que la investigación, en cualquier caso, debe recaer sobre funcionarios públicos.

Los referidos incisos establecen lo siguiente:

159 Cfr. Escrito de demanda, p. 15, a fojas 16.

160 Cfr. Escrito de demanda, p. 15, a fojas 16.

161 Cfr. Escrito de demanda, p. 16, a fojas 17.

- i) Si el informe es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, **tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional**. Las conclusiones aprobadas por el Congreso no obligan al Poder Judicial, ni afectan el curso de los procesos judiciales.
- j) Si del informe se derivan denuncias **contra funcionarios sujetos a antejuicio**, deberán distinguirse las relacionadas con delitos cometidos en el ejercicio de función las que se tramitarán conforme a lo previsto en los Artículos 99 y 100 de la Constitución Política y las normas reglamentarias que regulan la materia. Las demás, seguirán el procedimiento establecido en el inciso i) de este artículo de ser el caso” (énfasis agregado).

Así, pues, los incisos no distinguen entre el procedimiento aplicable a funcionarios públicos pasibles de acusación constitucional y el aplicable a funcionarios públicos no pasibles de tal acusación, sino entre el procedimiento aplicable a personas no pasibles de acusación constitucional, sean funcionarios públicos o no, y el aplicable a las personas pasibles de tal acusación, las cuales obviamente solo pueden ser funcionarios públicos, concretamente, los enumerados en el artículo 99 de la Constitución.

Abunda en la conclusión de que un asunto puede ser de interés público aún [*sic*] cuando los hechos investigados no se relacionen directamente con funcionarios públicos, constatar que el artículo 102, inciso 2, de la Constitución, establece que es atribución del Congreso, “[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”, sin establecer que estos deban ser necesariamente funcionarios públicos.

23. En la demanda se aduce, sin embargo, que “la única excepción” que permite en el marco de una investigación parlamentaria investigar a privados, “consiste en la exposición de razones que justifiquen que las relaciones entre privados tienen, a su vez, alguna vinculación con la actuación de los órganos estatales”, las cuales además deben ser respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>162</sup>.

Con prescindencia de si se trata de la única excepción o no, el Tribunal Constitucional coincide con el criterio de que *una comisión de investigación parlamentaria puede investigar hechos concernientes a personas que no son funcionarios públicos si ellos guardan una estrecha*

---

162 Cfr. Escrito de demanda, p. 21, a fojas 22.

*vinculación con la regular actuación o no de los órganos del Estado. De ser así, el asunto reviste interés público.*

Por ello, corresponde valorar si dicha vinculación se encuentra suficientemente justificada en la Moción de Orden del Día, obrante a fojas 115 y siguiente de autos, que le otorga a dicha Comisión facultades para investigar presuntas irregularidades en la adquisición de determinados inmuebles por parte de la señora Eva Fernenbug, suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique.

24. En dicho documento se señala que la señora. Eva Fernenbug, suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique habría participado en la compra de una oficina, tres estacionamientos vehiculares y un depósito por un valor aproximado de 900 mil dólares. Se indica que ello sucedió poco tiempo después de haber adquirido una residencia en la urbanización Las Casuarinas del distrito de Santiago de Surco por un monto ascendente de [sic] 4 millones de dólares, lo cual, según un reporte migratorio, sucedió en una fecha coincidente con un viaje a Lima del expresidente Toledo (5 de setiembre de 2012). Se menciona también que con relación a tales hechos, originalmente, la notaría que participó en las transacciones dejó constancia de que no se había acreditado medio de pago, es decir, que no se conocía la procedencia del dinero, para luego emitir una escritura en la que aclaraba la original. Que los hechos descritos ya habían dado lugar al inicio de una investigación por parte del Ministerio Público en coordinación con la Procuraduría Pública de Lavado de Activos, para determinar la legalidad o no de las operaciones inmobiliarias. Que en virtud de todo ello resulta imprescindible investigar el origen de los fondos para las adquisiciones descritas y analizar presuntas irregularidades que podrían comprometer la participación del expresidente Alejandro Toledo Manrique.
25. Sobre el particular, la parte demandante aduce que “[n]o se especifican cuáles son las razones de hecho y de derecho que en conjunto justifiquen que la indagación sobre el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles por parte de la suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique –que a todas luces son operaciones comerciales de orden privado y no público– tienen alguna vinculación con el funcionamiento del aparato público en la actualidad, de tal forma que permita ser catalogada dicha investigación como un ‘asunto de interés público’<sup>163</sup>.

---

163 Cfr. Escrito de demanda, p. 25, a fojas 26.

26. El Tribunal Constitucional discrepa de este criterio. A menos que la muy alta capacidad adquisitiva de un ciudadano sea de sencilla verificación, el desembolso de casi 5 millones de dólares en un lapso corto de tiempo justifica en primer lugar un estudio más profundo sobre dicha capacidad, lo que supone una investigación sobre si tales fondos legítimamente pueden ser atribuidos a la titularidad del adquirente. En la eventualidad de que esta hipótesis resulte descartada, y dicho ciudadano sea pariente de quien es o fue funcionario público, puede fundadamente dirigirse la investigación también hacia este.

Este razonamiento, bastante elemental por cierto, desencadena claramente el vínculo del asunto con la cosa pública, haciéndolo de interés público. De hecho, ha sido esta simple correlación de premisas la que ha llevado al Ministerio Público a ocuparse también del asunto.

Y nada de lo dicho puede ser interpretado como la asignación anticipada de algún grado de responsabilidad en la violación del orden jurídico. Se trata tan solo del diagnóstico de una suma de hechos que claramente justifican una formal investigación.

27. Pues bien, el ciudadano Alejandro Toledo Manrique no es, pero ha sido funcionario público, por lo demás, el de “la más alta jerarquía al servicio de la Nación” (artículo 39 de la Constitución). Por consiguiente, de las razones fácticas consignadas en la Moción de Orden del Día deriva la justificación para la intervención de una Comisión de Investigación del Congreso. Y con relación a la supuesta ausencia de las razones de Derecho que autorizan tal intervención, pues evidentemente ellas derivan del artículo 97 de la Constitución y del artículo 88 del Reglamento del Congreso, los cuales están plasmados en la referida Moción.
28. Como se mencionó, refiere la demanda también que las razones esbozadas para sustentar el interés público de una investigación parlamentaria, deben ser respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
29. Tal como ha sostenido este Tribunal Constitucional “[e]l principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”. Se trata, pues, de analizar si la medida adoptada guarda adecuación con una finalidad constitucionalmente válida y ha sido adoptada por el órgano competente.
30. Como ha quedado establecido, el objetivo esencial de la investigación es explorar el origen eventualmente ilegal de los fondos para la

adquisición de una serie de inmuebles, hechos en los que podría encontrarse comprometido un expresidente de la República. La finalidad no solo es constitucionalmente válida, sino que la decisión formal de investigar es *prima facie* una medida adecuada para alcanzarla, habiendo sido adoptada además por el órgano competente. No se advierte, pues, en la Moción violación alguna al principio de razonabilidad.

31. Ahora bien, en la demanda se solicita además analizar el asunto a la luz del principio de proporcionalidad. El esencial argumento para solicitarlo es la siguiente afirmación del Tribunal Constitucional:

“... el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad” (STC N° 0090-2004-PA, F. J. 36).

32. Olvida la parte demandante, sin embargo, que tal criterio fue planteado en una causa en la que se evaluaba la constitucionalidad de la medida de pase a retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Es decir, se trataba de una medida que incidía de modo definitivo sobre la esfera subjetiva de la persona humana. En tales circunstancias, existe eventual mérito para analizar si resulta respetuosa del principio de proporcionalidad, puesto que existe *prima facie* un conflicto entre bienes protegidos por el derecho, a saber, aquel que se busca optimizar o proteger con la medida, y aquel que se restringe a través de ella.
33. *La decisión del Pleno del Congreso de instituir una Comisión de Investigación para el análisis de un asunto de interés público no es per se restrictiva de ningún bien constitucional. Ergo, no existe una estructura que permita analizar dicha medida a la luz del principio de proporcionalidad.*
34. En definitiva, la Moción de Orden del Día N° 7009 resulta conforme con la Constitución.

## §5. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la defensa técnica y a la asistencia letrada

35. De otro lado, en la demanda se alega que en el marco de la investigación parlamentaria seguida contra el expresidente Alejandro Toledo se ha violado el derecho fundamental a la defensa técnica y a la asistencia letrada. Sustenta el planteamiento, en primer término, en el hecho de que con fecha 24 de septiembre de 2013 se presentó un escrito a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República (obrante a fojas 121 de autos) en el que Alejandro Toledo nombraba como su abogado defensor en la investigación al abogado Luis Lamas Puccio.

No obstante, mediante Oficio N° 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, obrante a fojas 160 de autos, se decidió rechazar por insuficiente dicho apersonamiento procesal, por considerar que la firma de don Alejandro Toledo, que figuraba en el escrito “scaneada o fotocopiada” y no se correspondía con la firma que el mismo ciudadano había consignado en previos escritos ni tampoco con la que consta en la base del Registro Nacional Identificación y Estado Civil, motivos por los cuales se abría “la posibilidad de una manipulación irregular de los documentos presentados a [la] Comisión”<sup>164</sup>.

A juicio de la parte demandante este rechazo tuvo como objetivo “poner trabas a la designación de dicho letrado y no dar trámite a los actos de legítimo ejercicio de la defensa técnica”<sup>165</sup>, en particular, si se toma en cuenta que a la luz de lo que ya se ventilaba para entonces en los medios de comunicación era público y notorio que Alejandro Toledo había adoptado la decisión de nombrar como su abogado defensor a Lamas Puccio.

36. El Tribunal Constitucional, tempranamente, en criterio que se ha consolidado en el tiempo, ha destacado dos dimensiones del derecho de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, “una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso” (STC N° 2028-2004-PHC, F. J. 3; RTC 4558-2013-PHC, F. J. 3; 7536-2013-PH, F. J. 5, entre otras).

164 Cfr. Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, a fajas [sic] 161.

165 Cfr. Escrito de demanda, p. 35, a fojas 36.

37. Ahora bien, desde una perspectiva alterna, este Tribunal ha destacado también otra manera de abordar la formalidad o materialidad de la indefensión. Desde este otro enfoque, se entiende por indefensión formal a aquella irregularidad que queda en el llano incumplimiento, constitucionalmente intrascendente, de una regla formalmente vinculada con el derecho de defensa. Se entiende, en cambio, por indefensión material, aquella situación en la que de modo real, efectivo y concreto la persona ha quedado privada de las garantías necesarias que permiten afirmar que el derecho de defensa ha sido constitucionalmente respetado (STC N° 6712-2005-PHC, F. J. 32).

Esta línea argumentativa la ha planteado este Colegiado por compartir el criterio de su homólogo español que de modo reiterado ha considerado que para que las irregularidades relacionadas con el derecho de defensa resulten constitucionalmente relevantes “la indefensión (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión ‘material’ y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa” (STC español 181/1991, de 20 de junio; criterio reiterado en muy diversas oportunidades).

38. Aplicado este criterio a la presente causa y de la revisión de autos, no se evidencia en modo alguno cómo el impasse vinculado a la firma del expresidente Alejandro Toledo pueda haberle *de modo efectivo* vulnerado su derecho a la defensa técnica, puesto que, por el contrario, según deriva de lo narrado en la demanda, al abogado se le ha permitido materialmente asistir a su defendido en todo momento, acompañándolo y asesorándolo en las ocasiones en que tuvo que comparecer ante la Comisión de Investigación. Siendo así, al no haberse acreditado la vulneración, debe declararse infundada la demanda en este extremo.
39. Por lo demás, una cuestión que llama la atención de este Tribunal, es que a la demanda acompaña un escrito fechado el 2 de octubre de 2013 (obrante a fojas 158 de autos), es decir, el mismo día en que se evacuó el Oficio N° 235/2/2013-2014/CFC-CR, en el que se supera la supuesta irregularidad de la firma en la que se había incurrido en el escrito presentado con fecha 24 de septiembre. No obstante, con relación al escrito del 2 de octubre la demanda se limita a señalar

que “próximamente será puesto en conocimiento de la [comisión de investigación]”<sup>166</sup>. Evidentemente, la interrogante es la siguiente: si desde el 2 de octubre se contaba con un escrito que superaba toda supuesta irregularidad formal vinculada a la defensa, ¿Por qué hasta la fecha de interposición de la demanda (13 de noviembre de 2013) no se presentó ante la Comisión de Investigación? Desde luego, tal omisión es solo atribuible a la responsabilidad del propio beneficiario de esta demanda, con lo que termina de quedar desvirtuada toda supuesta afectación del derecho de defensa en la que pudiera haber incurrido el Oficio N° 235/2/2013-2014/CFC-CR.

40. Por otra parte, en la demanda se aduce una violación al derecho de defensa del beneficiario de la acción durante la sesión de fecha 25 de octubre de 2013, en la que compareció ante la Comisión para rendir su declaración indagatoria. En ella, se afirma, se incurrió en “la limitación, el entorpecimiento y desconocimiento de la defensa técnica letrada”<sup>167</sup>.

Para sustentar la afirmación, en la demanda se hace una extensa transcripción de diversas intervenciones que tuvieron lugar durante dicha sesión.

41. No obstante, del análisis de dichas intervenciones no deriva en modo alguno que se haya limitado o entorpecido la labor del abogado defensor. Se advierte tan solo que sus objeciones relacionadas a la metodología, forma y contenido de las intervenciones y preguntas de determinados miembros de la Comisión no fueron acogidas.
42. Al respecto, es cierto que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la asistencia letrada que el abogado defensor pueda plantear, dentro de los cauces legales, todas las objeciones materiales y formales que juzgue necesarias durante todas las etapas de investigación y juzgamiento, para que sean debidamente valoradas. Ahora bien, este contenido no puede considerarse transgredido si, pese a poder plantearlas, tales objeciones no son finalmente acogidas.

*Ciertamente, el contenido de una pregunta, su manera de formulación o su contexto puede denotar, eventualmente, la afectación de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo o el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, pero no per se el derecho de defensa. De hecho, antes bien, que se haya permitido plantear las objeciones evidencia que el derecho a la asistencia técnica ha sido efectivamente ejercido.*

166 Cfr. Escrito de demanda, p. 41, a fojas 43.

167 Cfr. Escrito de demanda, p. 58, a fojas 60.

43. Por consiguiente, corresponde desestimar este extremo de la pretensión.

### **§6. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo**

44. Por otro lado, en la demanda se alega que en la misma sesión del 25 de octubre se violó el derecho del expresidente Alejandro Toledo a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo. Así, se plantea lo siguiente: “que un funcionario de la alta jerarquía estatal formule preguntas sobre si el favorecido ‘mintió’ o ‘si es cierto’ o ‘no cierto’, constituye una clara muestra (...) de compeler a que reconozca culpabilidad sobre los hechos investigados”<sup>168</sup>. También se juzga como violatoria de este derecho, la intervención de uno de los miembros de la comisión en la que se solicita al beneficiario que se acoja a la confesión sincera. Y, finalmente, se considera vulnerado el derecho al constatarse “la inducción a que los favorecidos respondan, permanentemente, las mismas preguntas que ya fueron contestadas”<sup>169</sup>.

45. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de la parte demandante. En efecto, el no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, es un derecho fundamental implícito en la Norma Fundamental, y expresamente reconocido como tal en el artículo 25, inciso 2, del CPCons. Su contenido constitucionalmente protegido resulta resguardado, en primer lugar, garantizando a la persona el conocimiento cierto de que le asiste el derecho a guardar silencio “en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta” (STC 0376-2003- PHC, F. J. 9), aspecto que resulta tutelado cuando se le permite a la persona de modo efectivo ser asistida técnicamente por un abogado defensor; cuestión que, como quedó dicho, ha sido respetada en el caso de autos.

En segundo término, se protege el derecho asegurando la inexistencia de todo elemento que razonable y objetivamente lleve a sostener que la persona está siendo forzada, amenazada o condicionada para que reconozca una culpabilidad que, de no haber mediado tal elemento, no habría reconocido.

Así, pues, *ni la formulación de preguntas utilizando palabras como ‘mintió’ o ‘si es cierto’ o ‘no cierto’, ni una solicitud de confesión sincera, ni la reiteración de interrogantes, pueden ser razonable y objetivamente entendidos como factores que en sí mismos obliguen a nadie a confesarse*

168 Cfr. Escrito de demanda, p. 62, a fojas 64.

169 Cfr. Escrito de demanda, p. 66, a fojas 68.

*culpable. Esta conclusión no varía por el hecho de que la pregunta sea formulada por una autoridad menos aún [sic] si la persona se encuentra en dicho momento efectivamente asistida por un abogado defensor de su libre elección.” [sic]*

Siendo así, no se verifica la *lesión* iusfundamental alegada y debe desestimarse también este extremo de la pretensión.

### §7. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos

46. Se alega, a su vez, violación del derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos. Para sustentar esta supuesta afectación, la parte demandante recuerda lo estipulado por este Tribunal en el F. J. 25 de la STC N° 00156- 2012-PHC. En dicho fundamento se señala lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional reitera su exhortación al Congreso de la República (STC N° 006-2003- Al/TC), para que éste [sic] cumpla con establecer en su Reglamento ‘un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político’ y para los que tienen lugar en las comisiones investigadoras, ya que resulta necesario fijar plazos de actuación, principios procesales, criterios para la ponderación de pruebas, requisitos para el levantamiento del secreto bancario, de las comunicaciones y de los documentos privados, medios de impugnación, tachas, recusaciones, impedimentos, etc.”

Dado que la Comisión que investigó hechos vinculados al beneficiario no ha contado con un Reglamento que fije anticipadamente un procedimiento con las características descritas, en la demanda se concluye lo siguiente: “... la ausencia de esta Reglamentación determina, *per se*, que en el caso concreto de nuestro patrocinado, éste [sic] se encuentre sometido a un procedimiento de investigación que no cuenta con reglas preestablecidas ajustadas al debido proceso legal”<sup>170</sup>.

47. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución “no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste [sic] administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra” (STC 1593-2003-PHC, F. J. 12).

170 Cfr. Escrito de demanda, p. 71, a fojas 73.

48. El procedimiento de las comisiones de investigación se encuentra regulado en el artículo 88 del Reglamento del Congreso. La parte demandante no acusa la modificación del procedimiento previamente establecido; tampoco la inexistencia previa de dicho procedimiento. Acusa, como quedó dicho, que el “procedimiento de investigación (...) no cuenta con reglas preestablecidas ajustadas al debido proceso legal”. No existe, pues, violación al derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto al previamente establecido.
49. Ahora bien, la exhortación realizada por este Tribunal en el F. J. 25 de la STC N° 00 156-2012-PHC tampoco puede ser interpretada en el sentido de que mientras el Parlamento no la acoja todo acto que realice una Comisión de Investigación del Congreso resulta contrario al derecho fundamental al debido proceso.

*La exhortación del Tribunal Constitucional tiene, entre otros objetivos, optimizar el contenido protegido de los derechos fundamentales que conforman el debido proceso, aminorando los riesgos de su violación. Pero no siempre puede ser interpretada en el sentido de que haya venido justificada por la detección de una omisión per se inconstitucional. Si así fuera, los principios de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución hubiesen exigido que el camino a adoptarse sea en el de la cobertura de la laguna inconstitucional vía integración del Derecho o, cuando ello no resulte posible, la inclusión en el fallo de la orden dirigida al órgano competente para su respectiva superación, entre otros.*

Si ninguna de ellas fue la vía utilizada *prima facie*, no puede interpretarse que este Colegiado haya constatado la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, sino, antes bien, la oportunidad para que el Congreso de la República, en el marco de sus competencias y atribuciones, aminore los riesgos de su eventual surgimiento.

### **§8. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la comunicación previa y detallada de los cargos a cualquier persona investigada**

50. En la demanda se aduce la afectación del derecho fundamental a la comunicación previa y detallada de los cargos a cualquier persona investigada como manifestación del derecho de defensa. La razón esencial de tal vulneración, se afirma, reside en que no se cumplen los requisitos previstos en el F. J. 17 de la STC N° 00156-2012-PHC.
51. En dicho fundamento, se señala lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana, una vez que se formula una acusación, ésta [sic] debe ser comunicada de manera ‘previa y detallada’ al inculpado. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo IX reconoce que toda persona tiene derecho ‘a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra’.

Al respecto, conviene precisar que en la sentencia del Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

- a) Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se R [sic] imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta [sic] y la caracterización legal que se da a esos hechos.
- b) La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos.” [sic]

Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

52. No obstante, la parte demandante incurre en un error al sostener que el contenido de este fundamento, en toda su dimensión, constituye parámetro de constitucionalidad para determinar la validez de una comunicación dirigida a una persona investigada en el marco de una comisión de investigación del Parlamento.

Tal como se desprende de la STC N° 00156-2012-PHC, lo expuesto en su F. J. 17 se sostiene cabalmente en lo estipulado, a su vez, en el párrafo 28 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009. Siendo ello así, resulta medular tener en cuenta que en esta misma sentencia la Corte IDH se encarga de precisar expresamente lo siguiente:

Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo 28 *supra*, cuando se produce la

presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen (párrafo 31).

53. Así las cosas, encontrándose una investigación por parte de una comisión del congreso en su etapa más embrionaria y recordando además, que no es en modo alguno condición *sine qua non* para ninguna futura imputación y que, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución, sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales, ni en estricto- agrega este Tribunal- a ningún órgano del estado, el parámetro de constitucionalidad para determinar la validez de la comunicación dirigida a una persona vinculada con los hechos investigados no es ni lo sostenido en el F. J. 17 de la STC 00156-2012-PHC ni lo sostenido en el párrafo 28 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sino el que permita al notificado “conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”, tal como se señala en el párrafo 31 de la referida sentencia internacional.
54. Por lo demás, es exactamente eso lo sostenido en el F. J. 18 de la STC 00156-2012- PHC:

“A decir de la Corte Interamericana, este derecho “rige incluso antes de que se formule una acusación en sentido estricto”. Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es “necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”. Evidentemente, el ‘contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”.

55. Corresponde precisar que lo expuesto no resulta matizado o enervado por lo afirmado en el F. J. 23 de la misma sentencia constitucional. En él se señala lo siguiente:

“El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. Impone asimismo al Congreso la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que le asisten a quienes son investigados y citados.” [sic]

Sobre el particular, es bastante obvio, en primer lugar, que cuando este Colegiado refiere que el Congreso tiene “la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que les asisten a quienes son investigados y citados”, no se refiere a los procedimientos de las comisiones de investigación del Parlamento, por el sencillo motivo de que estos no son “procedimientos sancionatorios”.

En segundo término, cuando en el fundamento se alude a la “acusación”, se hace en sentido lato, y no a la “acusación” en sentido estricto, puesto que los procedimientos de las comisiones de investigación del Congreso no son procedimientos acusatorios.

Y, en tercer lugar, cuando se alude al deber de “dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar”, ello se hace bajo el umbral del parámetro constitucional *sine qua non* para una comisión de investigación que, como ya se dijo, cual es permitir al notificado “conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”, tal como se señala en el párrafo 31 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela y en el F. J. 18 de la STC N° 00156-2012-PHC. De ahí que *el deber de dar a conocer los “cargos” respectivos dependerá del ámbito y del estado en el que se encuentre la respectiva investigación, no siendo una obligación que pueda imponerse con prescindencia del análisis de cada caso en particular.*

56. Es bajo esta premisa que corresponde analizar la comunicación del 30 de septiembre de 2013 (obrante a fojas 339 de autos) cursada por la comisión de investigación al expresidente Alejandro Toledo Manrique, mediante Oficio N° 203/062013-2014/CFC-CR.

En ella el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría le comunica al beneficiario de esta causa que “en su condición de investigado” es citado para que preste declaración sobre los siguientes asuntos:

- a) Su participación en la conformación de la Empresa Ecoteva Consulting Group S.A.
- b) Su participación en la adquisición del Inmueble ubicado en la Av. Cascajal N° 709, Urbanización Panedia, Casuarinas de Santiago de Surco y la adquisición de una oficina, tres estacionamientos y un depósito ubicados en el edificio de Oficinas “Omega” ubicado en la Av. Manuel Olguín N° 215-217, esquina con Jr. Cruz del Sur, en el distrito de Surco.

- c) El Financiamiento y pago de las hipotecas de los inmuebles ubicados en el Lote 2, Mz. F, Km.1190 de la Carretera Panamericana Norte, en el Condominio Punta Sal – Tumbes; y el localizado en la calle Los Olivos N° 185-183 de la Urbanización Camacho Distrito de La Molina.
- d) El origen de los fondos con los actuales se hizo las adquisiciones mencionadas, el saneamiento de bienes inmuebles de propiedad del Sr. Toledo y otras inversiones financiadas por parte de Ecoteva Consulting Group S.A.

57. Así, a juicio del Tribunal Constitucional, la comunicación no solo ha sido previa al comparecimiento ante la comisión, sino que, considerando la etapa embrionaria en la que se encontraba la investigación en la fecha en que fue formulada, cumple, a todas luces, con el deber de haber dado a conocer al investigado, con el mayor detalle posible, los hechos materia de investigación que justifican su citación. Por tal motivo, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

### **§9. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a ser oído**

58. Por otro lado, se alega la violación del derecho fundamental a ser oído por parte de los miembros de la comisión investigadora parlamentaria. Se afirma que mediante comunicación de fecha 16 de septiembre de 2013, don Alejandro Toledo se dirigió al Presidente de la Comisión para solicitarle que se le permita acudir el 17 de septiembre de 2013 para que, por un espacio de 20 minutos, compartiera sus reflexiones y datos sobre los hechos materia de investigación. Se indica que, sin embargo, se desnaturalizó su pedido al pretender compelerlo a declarar, motivo por el cual la congresista Carmen Omonte solicitó la reprogramación de la cita, puesto que el expresidente Toledo no había preparado su defensa.

59. El Tribunal Constitucional considera que de la revisión de autos no se evidencia la vulneración del derecho fundamental a ser oído, esto es, como el derecho a ejercer la propia defensa (dimensión material), sin perjuicio de la defensa técnica (dimensión formal).

60. Tal como se reconoce en la propia demanda, dicha sesión, en efecto, fue reprogramada y, finalmente, el expresidente Toledo asistió el 25 de octubre de 2013 a la Comisión. En dicha sesión, si bien fue interrogado en compañía de su abogado defensor, también ejerció plenamente su derecho a ser oído, motivo por el cual no se aprecia vulneración alguna de este derecho fundamental.

## §10. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa

61. En la demanda se sostiene que la Comisión de Investigación ha violado el derecho fundamental a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa.
62. Son dos los motivos alegados para concluir tal inconstitucionalidad, uno atinente al tiempo y el segundo atinente a la falta de medios. El primero consiste en afirmar que en ningún Reglamento se ha previsto el plazo razonable para formular los descargos. Ello a pesar de lo señalado en el F. J. 28 de la STC N° 00156-2012-PHC, el cual señala lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional advierte que en el Reglamento del Congreso de la República no se ha establecido un plazo para ofrecer descargos frente a las acusaciones formales que pueden entablar las comisiones investigadoras y de fiscalización, lo que pone en riesgo el derecho de defensa. (...) Sería recomendable, por consiguiente, que el Congreso adecue sus procedimientos (...) a fin de establecer un plazo razonable que tenga en cuenta la complejidad de los casos a investigar.” [sic]

Se trata nuevamente de recomendación o exhortación de este Tribunal en aras de reducir el riesgo de afectación al debido proceso. No puede ser entendida como la verificación de una inconstitucionalidad por omisión cuya no cobertura desencadena por sí misma el actuar inconstitucional de las comisiones de investigación del Congreso.

63. *Así, más allá de que aún [sic] no se proceda a la previsión de dicho plazo, la violación del derecho fundamental a la concesión del tiempo para preparar la defensa resultará efectivamente constatado si, a la luz de las circunstancias del caso concreto, se aprecia que no se brindó al investigado un plazo razonable para articular su defensa.*

Sin embargo, en este caso concreto, entre la fecha en que se le notifica al expresidente Alejandro Toledo su condición de investigado y se le cita a rendir su manifestación (30 de septiembre de 2013) y la fecha de la sesión en que se efectiviza [sic] su derecho a ser oído y rinde su declaración indagatoria (25 de octubre de 2013), transcurrieron 25 días naturales, tiempo suficiente para preparar debidamente su defensa.

64. La segunda razón por la que se considera vulnerado el derecho a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa consiste en alegar que el pedido del abogado Lamas Puccio de acceder al expediente y a determinada y concreta información de diversas actuaciones de la investigación ha sido denegado. Se indica que, mediante carta de fecha 26 de septiembre de 2013 (obrante a fojas 356 de autos) el abogado Lamas Puccio solicitó al Presidente de la Comisión diversa información vinculada con la investigación y acceso al expediente.
65. Sin embargo, la parte demandante no acredita en modo alguno que dicha solicitud haya sido denegada. Ocurre que para entonces el expresidente Toledo aún [sic] no había acreditado formalmente a Luis Lamas como su abogado ante la Comisión. Tal como se analizó supra, el Oficio N° 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, obrante a fojas 160 de autos, no deniega ninguna solicitud, se limita a rechazar por insuficiente el personamiento procesal del abogado por una aparente irregularidad en la firma del expresidente. Irregularidad que pudo subsanarse en cualquier momento.

De hecho, tal como se ha mencionado, también en el expediente obra un escrito fechado el 2 de octubre de 2013 (obrante a fojas 158 de autos), en el que se supera la supuesta irregularidad de la firma. Empero, con relación a este escrito, la demanda se limita a señalar que “próximamente será puesto en conocimiento de la [comisión de investigación]”<sup>171</sup>. Este Tribunal no encuentra motivo valedero aparente para que no haya sido presentado de inmediato a la Comisión, siendo dicha omisión solo atribuible a la responsabilidad del propio beneficiario de esta demanda.

En todo caso, lo cierto es que, con posterioridad a dicho evento, ha quedado acreditado que el abogado Lamas Puccio de modo efectivo ejerció la defensa de don Alejandro Toledo, sin que se haya probado que se le haya impedido el acceso a la documentación relacionada con la investigación.

### **§11. Sobre la supuesta violación del derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria**

66. Se considera, de otra parte, que se ha vulnerado el derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria. Concretamente, afirma que esta violación es resultado de que no se permita la intervención de los abogados de los investigados en las sesiones en que los testigos rinden declaraciones ante la Comisión.

171 Cfr. Escrito de demanda, p. 41, a fojas 43.

67. Sobre el particular, *corresponde recordar que, a diferencia de otros procedimientos que pueden activarse en sede parlamentaria, el de las comisiones de investigación no es un procedimiento acusatorio, ni tampoco sancionatorio; sus conclusiones no siempre culminan en una recomendación de acusación; y, aunque así fuere, ellas no vinculan a ningún poder público. No es, pues, un ámbito en el que, a criterio de este Tribunal, opere el derecho fundamental a interrogar testigos como parte del derecho fundamental a la defensa.*

## **§12. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial**

68. Se alega la violación del derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial, puesto que distintos miembros del Congreso de la República han adelantado opinión y han prejuzgado la supuesta responsabilidad del beneficiario de la acción.

69. El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. El derecho a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución. Ambos derechos, no obstante, se encuentran reconocidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

70. Si bien la independencia y la imparcialidad están relacionadas, ambas tienen un contenido jurídico propio. La independencia tiene una íntima relación con el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43 de la Norma Fundamental, y tiene una manifestación en esencia estructural e institucional. Su contenido protegido apunta a que la configuración del sistema jurídico e institucional garantice que el órgano que ejerce jurisdicción solo se encuentre vinculado por el ordenamiento jurídico, mas no por las decisión de otro poder público. Y, desde luego, esto que se predica del órgano jurisdiccional en términos más generales debe poder también predicarse del juez en términos más específicos.

71. La imparcialidad, en cambio, no apunta a la relación del órgano con el sistema, sino a la relación del órgano con la cuestión litigiosa. Existe imparcialidad cuando no hay razones suficientes para sostener que el órgano decisor tiene un interés subjetivo con el asunto que está llamado a heterocomponer o resolver, o que no guarda equidistancia respecto de las partes en oposición.

72. Tal como se ha sostenido en la STC N° 00156-2012-PHC, F. J. 52, los derechos a la independencia e imparcialidad también son extensibles

a las etapas de investigación y de acusación. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 158 de la Constitución el Ministerio Público es autónomo, y el artículo 61, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal señala que el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio; adecua [sic] sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.

73. No es esa, pues, una cuestión a poner en duda. Si lo es en cambio la intensidad y el sentido concreto con los que estos derechos operan en el ámbito de la investigación. A juicio del Tribunal Constitucional, en la medida en que el Ministerio Público no juzga, sino que es el titular de la acción penal (artículo 159, inciso 5, de la Constitución), sin perjuicio de que también deba actuar con imparcialidad, el alcance de ella no es exigible en el mismo nivel ni con el mismo sentido con que actúa en el espacio de la jurisdicción, la cual, merced a su rol de heterocomposición, debe guardar equidistancia entre las partes y no pre-juzgar la cuestión litigiosa.
74. En la medida en que el Fiscal cumple una función de investigación y de acusación, es inevitable que articule un pre-juicio sobre el asunto investigado, cuando menos si por ello entendemos la propuesta de una hipótesis incriminatoria previa al acto de juzgar formalmente. Bien entendidas las cosas, la construcción de dicho juicio previo no solo no es ajena al rol del Ministerio Público, sino que, en importante medida, le es consubstancial.
75. Es por ello que bajo esta premisa la imparcialidad en el ámbito del Ministerio Público es entendida como deber de objetividad, es decir, el deber de hacer del asunto investigado un objeto de conocimiento en el que no pueden ser determinantes intuiciones subjetivas, sino elementos de valoración lo más objetivos posible sobre si existe mérito o no para atribuir a una persona responsabilidad sobre determinado hecho. Es así que el artículo IV, inciso 2, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal establece lo siguiente: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)”.
76. Ahora, si bien la imparcialidad así entendida no es incompatible con la progresiva formación de convicción institucional respecto de la responsabilidad individual en la comisión de un delito, es medular asociar el cierre de esta convicción institucional con el mérito suficiente para *imputar*, pero no para *sentenciar*, pues, siendo este un acto exclusivamente jurisdiccional, la confusión de los planos puede

representar un serio peligro para la efectiva vigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal e), de la Constitución. Por consiguiente, en la etapa de investigación, la imparcialidad en su dimensión objetiva debe ser interpretada bajo estos alcances.

77. Sin embargo, la imparcialidad tiene también una dimensión subjetiva que exige no tener interés personal, directo o indirecto, en el resultado del asunto que se encuentra bajo conocimiento. Esta es exigible con el mismo contenido tanto a quien juzga, como a quien investiga o acusa. Por ello, el Nuevo Código Procesal Penal ha hecho bien al estipular en su artículo 61, inciso 4, que las causales de inhibición de los fiscales, son las mismas que se encuentran previstas para los jueces en el artículo 53 del mismo Código. Dicho precepto, en su primer inciso, establece lo siguiente:

“Los Jueces se inhibirán por las siguientes causales:

- a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.
  - b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
  - c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.
  - d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.
  - e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.” [sic]
78. Pues bien, el Tribunal Constitucional ya ha referido que los derechos fundamentales a la independencia e imparcialidad de juzgador son extrapolables al ámbito de la sede parlamentaria cuando ella actúa

*mutatis mutandis* ejerciendo competencias decisorias sobre la esfera subjetiva de las personas. Por antonomasia, cuando deba adoptar la decisión correspondiente sobre la suerte de un funcionario público enumerado en el artículo 99 de la Constitución, previo procedimiento de acusación constitucional (STC N° 00156-2012-PHC, FF. JJ. 54 – 55).

79. Sin embargo, atendiendo a lo planteado en la demanda, lo que ahora corresponde dilucidar es si el derecho fundamental a la imparcialidad es exigible a los miembros de una Comisión de Investigación del Congreso de la República. A juicio del Tribunal Constitucional, la respuesta es claramente afirmativa, puesto que, en estricto, el atributo de la imparcialidad, por ser condición *sine qua non* para la interdicción de la arbitrariedad, debe ser predicable del accionar de todo poder público.
80. Empero, siendo un ámbito orientado a la investigación de hechos y no a la toma de decisiones que de modo inequívoco, por su sola adopción, inciden sobre la esfera subjetiva de las personas, el contenido de la imparcialidad aquí exigible, con los matices que quepa establecer, está mucho más cercano al que cabe oponer al Ministerio Público que al que impregna la labor de la jurisdicción.
81. Por ello, resulta que no solo no es reprochable, sino que es inherente a una comisión de investigación que sus miembros, a medida que suman elementos de valoración, desarrollen una hipótesis del caso vinculada a los hechos que conocen, la cual, ciertamente, puede inclinarse progresivamente a la atribución de responsabilidades a determinadas personas hasta que ella sea verosímil o definitivamente quede configurada una vez adoptadas sus conclusiones. Es por ello que el artículo 88 del Reglamento del Congreso establece que dichas comisiones pueden emitir recomendaciones orientadas a sancionar la conducta de quienes consideren responsables.

Carece de sentido, pues, acusar a una comisión de investigación de pre-juzgamiento, cuando menos, como se decía, si por ello se entiende la construcción paulatina de una hipótesis previa al acto formal de juzgar. Es esa justamente su tarea.

82. *Lo que sí resulta claramente exigible a los miembros de una comisión de investigación es el respeto por la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo. De ahí que ningún miembro de la comisión pueda tener un interés personal directo o indirecto en el resultado de la investigación. De ahí que, en lo que resulte pertinente, por analogía, son aplicables a los miembros de una comisión las causales de inhibición previstas en el artículo 53, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal.*

Para tales efectos debe interpretarse que la “enemistad manifiesta” a la que alude el literal b), evidentemente, no puede ser entendida como [sic] las divergencias de posición institucionales que son el resultado de la distinta correlación de las fuerzas políticas en un Parlamento. La confrontación de posiciones que puedan surgir entre congresistas, en tanto congresistas, o entre ellos y miembros afines de fuerzas políticas contrarias, es el resultado de la democrática pluralidad de partidos o movimientos políticos en el Congreso. No se trata de la enemistad personal, que es aquella a la que, debe entenderse, se refiere el artículo 53, inciso I, literal e), del Nuevo Código Procesal Penal.

83. De esta manera, *mientras exista respeto por el honor y la buena reputación de las personas (artículo 7 de la Constitución) y no se realice una imputación directa de responsabilidad penal que resulte reñida con la presunción de inocencia (artículo 2, inciso 24, literal e, de la Constitución), no resulta inconstitucional que los miembros de una comisión de investigación en sus intervenciones deslicen abrigar una hipótesis sobre el caso, una vez analizados los actuados respectivos. Por lo demás, sostener la tesis de que se encuentran jurídicamente impedidos de hacerlo es incompatible con la naturaleza eminentemente política del Parlamento.*

Asunto distinto es el análisis de si resulta prudente o no que lo hagan. Pero evidentemente adoptar una posición sobre dicha cuestión escapa a las competencias de este Colegiado.

84. En la demanda no se alega que las intervenciones de los miembros de la Comisión de Investigación hayan vulnerado el honor o la buena reputación del investigado. Tampoco que se le haya atribuido directamente responsabilidad penal antes de la adopción de sus conclusiones. Se alega que en su formulación subyace la posibilidad de la formación de una hipótesis acerca de la eventual responsabilidad del expresidente Alejandro Toledo relacionada con los hechos que son materia de investigación. En virtud de cuanto se ha señalado, a juicio del Tribunal Constitucional, ello no viola el deber de imparcialidad de los miembros de una Comisión de Investigación.

### **§13. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario**

85. Finalmente, se aduce la violación del derecho de defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario, por considerar que al aprobar dicho levantamiento en el caso del beneficiario, no se respetó lo señalado en el F. J. 74 de la STC Nº 00156 2012-PHC, ya que al hacerlo no se le había comunicado previamente que tenía la calidad

de investigado ni los respectivos cargos, a lo que se agrega que ello se hizo de manera inmotivada.

86. El artículo 2, inciso 5, y el artículo 97 de la Constitución establecen que el secreto bancario puede levantarse, entre otros, a pedido “de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”. Como una concretización de esta disposición constitucional puede considerarse el artículo 143, inciso 4, de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, según el cual el secreto bancario no rige cuando se solicita el acceso al mismo a solicitud del “Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público”.
87. El artículo 143, inciso 4, de la Ley N° 26702 no exige que para el acceso al secreto bancario por parte de una comisión parlamentaria de investigación, el titular del secreto bancario debe dar su consentimiento o conocer previamente, si bien quienes accedan a la información protegida por el secreto bancario en virtud de lo dispuesto en el artículo mencionado, “están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta [sic] no resulte incompatible con el interés público”.
88. En el F. J. 74 de la STC N° 00156-2012-PHC, en lo que ahora resulta pertinente, se sostiene lo siguiente:
- a) Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario solo de los investigados. Para que esto suceda previamente debe conformarse la Comisión Investigadora y comunicársela al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado, es decir, debe respetarse el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.
  - b) La solicitud de la Comisión Investigadora debe motivar por qué es necesario, indispensable y pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir en el esclarecimiento del caso investigado y qué indicios o medios probatorios justifican el levantamiento del secreto bancario. La solicitud no puede ser inmotivada.
89. Ciertamente es que cuando el literal a) señala que para solicitar el levantamiento del secreto bancario “previamente debe conformarse la Comisión investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado”, se incurre en un exceso que termina desvirtuando la finalidad de investigación de dicha solicitud de levantamiento del secreto bancario.

90. En tal sentido, es oportunidad para que este Tribunal rectifique dicho criterio y precise que *el suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario es la confirmación de la Comisión, mas [sic] no la comunicación al investigado de los hechos por los cuales se va a investigar. Ello por el sencillo motivo de que esta última no es una condición previa que deba verificarse ni siquiera en el ámbito jurisdiccional, tal como deriva del artículo 235, inciso 1), del Nuevo Código Procesal Penal, el cual dispone lo siguiente:*

“El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.” [sic]

En efecto, en determinadas circunstancias, el éxito del objetivo que subyace tras una solicitud de levantamiento del secreto bancario se encuentra, justamente, en que la decisión jurisdiccional se adopte sin conocimiento aún [sic] de que existe una investigación de por medio, sin perjuicio de lo cual con posterioridad debe conocerse el sentido de la resolución para tener la posibilidad de controlar que esta se encuentre debidamente motivada.

91. Así las cosas, el hecho de que se haya aprobado solicitar el levantamiento del secreto bancario del expresidente Alejandro Toledo, antes de que de que este sea comunicado formalmente de su condición de investigado, no resulta inconstitucional.
92. Y con relación a la supuesta falta de motivación de la solicitud de levantamiento del secreto bancario, dado que la parte demandante no la ha incorporado al proceso para su respectiva valoración, ello es un asunto que en modo alguno podría entenderse como acreditado.

#### **§14. Precedente vinculante**

93. Por lo antes señalado, este Tribunal considera pertinente establecer, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como precedente vinculante los criterios establecidos en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), incluso para los procedimientos y procesos en trámite.

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

## HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda con respecto al expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda con respecto a doña Eliane Chantal Karl Fernenbug de Toledo, de acuerdo con los fundamentos 14 y 19 de la presente sentencia.
3. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), incluso para los procedimientos y procesos en trámite.

Publíquese y notifíquese.

SS.

574

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

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto que guardo por mis colegas magistrados y estando de acuerdo en los aspectos esenciales de la presente sentencia, emito sin embargo el siguiente fundamento de voto, por las razones que a continuación expongo:

1. En el fundamento jurídico 74 de la STC 00156-2012-PHC/TC, firmada por el suscrito, se afirmó que:

“74. Teniendo presente que en sede parlamentaria existe una regulación incompleta para levantar el levantamiento del secreto bancario, este Tribunal ha de integrarla precisando las siguientes reglas a seguir:

- a) Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario solo de los investigados. Para que esto suceda previamente debe conformarse la Comisión Investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado, es decir, debe respetarse el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.
  - b) La solicitud de la Comisión Investigadora debe motivar por qué es necesario, indispensable y pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir en el esclarecimiento del caso investigado y qué indicios o medios probatorios justifican el levantamiento del secreto bancario. La solicitud no puede ser inmotivada.” [sic]
2. En la presente sentencia (fundamento jurídico 90) se dice que este Colegiado tendría ahora la “oportunidad para que este Tribunal rectifique dicho criterio y precise que el suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario es la conformación de la Comisión, mas no la comunicación al investigado de los hechos por los cuales se va a investigar...”

3. Desde mi punto de vista, no requiere de una “rectificación de criterio” propiamente, sino tan sólo de una precisión interpretativa del fundamento jurídico 74 de la STC N° 00156- 2012-PHC/TC. En efecto, estamos sencillamente frente a una ambigüedad sintáctica que debe interpretarse, en todo caso, no en el sentido que son dos los hechos previos que deben verificarse antes de la solicitud (1. Conformación de la Comisión, 2. Comunicación de los hechos por los cuales se va a investigar); sino más bien en el sentido que el único evento que necesariamente debe verificarse de manera previa es la conformación de la Comisión parlamentaria de investigación.
4. Y es que no sería razonable ni lógico una interpretación distinta, pues ello vaciaría el contenido de la facultad constitucional de investigación del Parlamento, prevista expresamente, por lo demás, en el artículo 97 de la Constitución. En ese sentido, el fundamento jurídico 74 de la STC N° 00156-2012-PHC/TC no requiere pues “rectificación de criterio” alguna, sino simplemente una precisión de interpretación ya realizada compatible con la facultad de investigación parlamentaria.

Sr.

EXP. N° 04968-2014-PHC/TC  
LIMA  
LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR  
DE ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE  
Y OTRA

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En los Expedientes 01159-2014-PHC/TC y 05811-2015-PHC/TC, no compartí el criterio de la mayoría de convertir el proceso de hábeas corpus en uno de amparo. En ambos casos, consideré que el hábeas corpus resultaba procedente porque se cuestionaban investigaciones realizadas por el Ministerio Público que, de alguna manera, comprometían la libertad personal y el debido proceso.

En esta oportunidad, sin embargo, avalo la conversión, puesto que una Moción de Orden del Día del Pleno del Congreso de la República, que otorga facultades de investigación a una de sus Comisiones, no compromete la libertad personal. En este caso, por tanto, resulta procedente no el hábeas corpus sino el amparo. Coincido, así, tanto con la fundamentación como con los puntos resolutivos de la presente sentencia.

S.

**SARDÓN DE TABOADA**

EXP. N° 04968-2014-PHC/TC  
LIMA  
LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR  
DE ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE  
Y OTRA

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

En tanto y en cuanto la Constitución es parámetro de validez formal y de validez material no solamente del ordenamiento jurídico de un Estado en particular, sino también de la vida política, económica o social de una sociedad determinada (aquella que constituye el pueblo de la sociedad a la cual acabamos de hacer referencia), bien puede entenderse que pueda darse y justificarse una interpretación conforme a la Constitución e incluso un control de constitucionalidad de las actividades que se realizan dentro de una comisión investigadora del Congreso de la República.

Y es que hoy, si bien se sigue reconociendo que política y Derecho son dos materias diferentes, en un Estado Constitucional incluso el quehacer político tiene que ser conforme a Derecho, Derecho que cuenta como punto de partida a los preceptos, valores y derechos recogidos en una Constitución, a la cual hay que entender como una Constitución “convencionalizada”, y lo que se infiere de ella. Este fenómeno, habitualmente denominado “Constitucionalización de la Política”, no implica ni debe implicar una “politización de la justicia”. Y que los jueces y juezas no son políticos, no se guían bajo parámetros políticos, y, por principio, su quehacer no debe responder a consideraciones político-partidarias.

Lo que corresponde a jueces y juezas, sobre todo si integran un Tribunal Constitucional, es asegurar que el quehacer político, por su propia naturaleza con un alto grado de discrecionalidad, respete procedimientos, competencias y contenidos conforme a Derecho, para que así no devenga en arbitrario.

Existen entonces muchas fórmulas previstas en el Derecho Comparado para atender estos temas, en un contexto en donde conceptos como los de “actos políticos”, “actos de gobierno” o “cuestiones políticas no justiciables” (categorías que no hay que confundir con la de los otros propios, y por ende, no son invocables frente a cualquier actuación de un organismo político como, por ejemplo el Congreso) ya no subsisten, o por lo menos, cada vez existe mayor consenso en aceptar un control de constitucionalidad de las mismas, control que básicamente se desarrolla en sede jurisdiccional (y con

razón, donde se encuentre previsto, en un Tribunal Constitucional). En esta sentencia, sin explicitar la adscripción a alguna de estas fórmulas, se asume una labor de interpretación conforme a la Constitución y de control de una manifestación del ejercicio del control político en sede parlamentaria como son las llamadas “comisiones de investigación”.

La conveniencia de desarrollar interpretación conforme a la Constitución e incluso proceder a apuntalar control de constitucionalidad sobre el ejercicio del control político parlamentario ya ha sido una materia de preocupación del Tribunal Constitucional peruano. Ese razonamiento es que en su momento motivó la emisión de la sentencia que proporcionó respuestas al caso “Tineo Cabrera”.

Ahora bien, conviene aclarar que en “Tineo Cabrera” básicamente se buscó pronunciarse en función a una expresión de ese control político, como es la acusación constitucional. Sin embargo, es necesario también anotar que las comisiones investigadoras del Congreso son otra expresión de ese control político, aunque con características y alcances singulares, que no coinciden en todo con los elementos propios de una acusación constitucional.

Me explico con mayor detalle: la acusación constitucional es un procedimiento parlamentario mediante el cual en el Perú, como todos sabemos, se permite, en algún supuesto, procesos y eventualmente condenar a altos funcionarios por la comisión de delitos de función; y en otro, inhabilitar a quienes desempeñaban importantes funciones públicas del ejercicio de esas tareas por algún tiempo. Las comisiones investigadoras, en cambio, tienen una labor que, como muchas veces ocurre en el ejercicio del control político, no involucran como uno de sus resultados la imposición de sanciones.

Esta es una referencia importante a tomar en cuenta para apreciar bajo qué parámetros deben entenderse los alcances de los diferentes derechos fundamentales invocados en el desarrollo de las labores de una comisión parlamentaria de investigación. En ese sentido, el tenor de esta sentencia es el de señalar, a propósito de la resolución de los diversos extremos presentados por la parte recurrente, algunas precisiones que consideramos indispensables al respecto, las cuales, en la línea de asegurar su cumplimiento por todos los actos involucrados, son consagradas con la condición de precedente, con los efectos horizontales, verticales e incluso interinstitucionales que todo precedente involucra.

Con ello este Tribunal no solamente ayuda a resolver este caso en concreto, sino también, en ejercicio de sus labores previsoras, establece un derrotero destinado a evitar que las comisiones investigadoras caigan en dos posibles riesgos. Un primer riesgo puede ser el de convertirse en un espacio dentro del cual no se respeten los derechos fundamentales de quienes

son invitados a sus sesiones o investigados en su seno. Un segundo riesgo se encuentra más en las antípodas de lo anterior, y es el de total pérdida de virtualidad y eficacia del control ejercido a través de una Comisión Investigadora parlamentaria. Es pues buscando un punto de equilibrio en este escenario que se emite el presente pronunciamiento, estableciéndose líneas de acción para la labor jurisdiccional que seguramente serán precisadas de mejor manera en posteriores pronunciamientos de este mismo Tribunal.

S.

**ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

SEGUNDA PARTE

# Derecho Administrativo

**AÑOS:**

2005 / 2006 / 2014





EXP. N.º 1966-2005-PHC/TC  
MADRE DE DIOS  
CÉSAR AUGUSTO  
LOZANO ORMEÑO

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de mayo [sic] 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gonzales Ojeda, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Augusto Lozano Ormeño contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de Puerto Maldonado de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, de fojas 17, su fecha 16 de febrero de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

### ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 17 de enero de 2005, interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC)\* de Puerto Maldonado, solicitando que se ordene la expedición de su Documento Nacional de Identidad (DNI). Refiere que desde el 16 de mayo de 2004 en que acudió a las oficinas del RENIEC – Puerto Maldonado con la finalidad de tramitar el canje de su libreta electoral por el DNI, el funcionario encargado no cumple con hacerle entrega de dicho documento, argumentando que en la base de datos no aparece registrado su nombre. Sostiene que para obtener su libreta electoral satisfizo todos los requisitos exigidos por el ente estatal, por lo que portó dicho documento de identidad en los últimos años e hizo ejercicio de todos sus derechos civiles, y que por ello es inconcebible que ahora se le exija presentar nuevamente su partida de nacimiento como condición para la entrega de su DNI.

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, se lee: “Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) debiendo decir: “Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)”.

La Administradora de la Agencia de la RENIEC de la provincia de Tambopata rinde su declaración explicativa precisando que no se ha negado la entrega del nuevo DNI al demandante, sino que el trámite administrativo ha sido observado por el Área de Procesos en la ciudad de Lima, por figurar el apellido materno del demandante enmendado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción, razón por la que se le solicitó que presente su partida de nacimiento y una prueba decadactilar para remitirlos a Lima y culminar el trámite correspondiente.

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata, con fecha 17 de enero de 2005, declaró improcedente la demanda, por considerar que no se ha afectado derecho constitucional alguno del recurrente, pues éste [sic] debe cumplir con subsanar la observación realizada por la entidad emplazada, y que un eventual mandato al órgano jurisdiccional para que tramite el canje de la libreta electoral por el DNI omitiendo la presentación de los documentos solicitados significaría un peligro para el Estado, pues no se cumpliría la identificación plena y legal de sus ciudadanos.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

## FUNDAMENTOS

1. En concreto, el objeto del hábeas corpus es que se ordene al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) de Puerto Maldonado expedir el DNI del demandante.

### §. Materia sujeta a análisis constitucional

2. Este Colegiado debe determinar si la decisión de la entidad emplazada de no expedir el DNI del demandante, hasta que cumpla con presentar los documentos solicitados y subsanar la observación realizada por el Área de Procesos, ha vulnerado su derecho constitucional a no ser privado de su DNI.

### §. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

3. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 177.<sup>o</sup> y 183.<sup>o</sup> de la Constitución, el RENIEC es un organismo constitucionalmente autónomo, encargado de manera exclusiva y excluyente de organizar y actualizar el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales\* y, entre otras funciones, de emitir los documentos que acrediten su identidad.

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional se lee "Registro Único de Identificación de las Personas Naturales" debiendo decir "Registro Único de Identificación de Personas Naturales".

4. De otro lado, según lo establecido por los artículos 6.º y 7.º de su Ley Orgánica –N.º 26497–, RENIEC planea, organiza, dirige, controla, norma y racionaliza las inscripciones de su competencia; igualmente, mantiene el registro único de identificación de las personas naturales\* y emite el documento único que acredita su identidad personal. Asimismo, el artículo 26º de la referida norma establece que el Documento Nacional de Identidad es público, personal e intransferible; constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado; y constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado.
5. En cuanto al fondo del asunto controvertido, este Colegiado considera que la decisión de la entidad emplazada no vulnera el derecho constitucional a no ser privado de [sic] DNI, pues de autos se tiene [sic] que el trámite administrativo de expedición de dicho documento de identidad fue observado debido a que se detectó que el apellido materno del solicitante, consignado en la boleta y en el libro Registro de Inscripción, se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presente su partida de nacimiento y efectúe una prueba decadactilar, a fin de procesar los datos actualizados. La expedición del DNI no es un trámite automático, y es facultad del RENIEC el formular observaciones como en el presente caso, acorde con su obligación de verificar la identidad personal de los ciudadanos para garantizar que se encuentren debidamente identificados e inscritos en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales.
6. Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Constitucional considera que la entidad emplazada sí ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente al debido proceso en sede administrativa, si bien no invocado formalmente en la demanda, pero respecto del cual considera imprescindible pronunciarse.

### §. El aforismo *iura novit curia* y su aplicación en los procesos constitucionales

7. El *iura novit curia* constitucional, contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que “(...) el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes

---

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional se lee “Registro Único de Identificación de las Personas Naturales” debiendo decir “Registro Único de Identificación de Personas Naturales”.

o lo haya sido erróneamente”. Respecto a dicho principio y a sus relaciones con el principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, con la necesidad de que se respete el contradictorio, este Colegiado, en el fundamento N.º 4 de la STC N.º 905-2001-AA/TC, aplicable *mutatis mutandis* al caso de autos, ha establecido que no considera que estos resulten “(...) afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel. Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma ésta [*sic*], como la del inciso 7) del artículo 2.º de la Constitución, que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el presente proceso; de manera que la comprensión y respeto del contradictorio en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional”.

### §. El debido proceso en los procedimientos administrativos

8. El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina, es “(...) un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos”. (Bustamante Alarcón, Reynaldo. “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo.” [*sic*] Cit. por Javier Dolorier Torres en Diálogo con la Jurisprudencia. Año 9. N.º 54. Marzo 2003. Gareta [*sic*] Jurídica. Lima. Pág. 153).
9. Al respecto, este Colegiado, en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el artículo 139º, inciso 3) de la Constitución no sólo [*sic*] tiene una dimensión “judicial”. En ese sentido, el debido proceso comporta el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos

los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En el caso de los procesos administrativos, se debe cumplir con el procedimiento y formalidades establecidas por ley, respetando principios y requisitos mínimos que garanticen un proceso libre de arbitrariedades.

## §. El debido proceso en los procedimientos ante el RENIEC

10. Según el Reglamento de Inscripciones del RENIEC, aprobado por el Decreto Supremo N.º 015-98-PCM, el Sistema Registral es el “(...) conjunto de órganos y personas del Registro que tienen a su cargo la ejecución de los procedimientos administrativos de inscripción a que hacen referencia la Ley y el presente Reglamento, así como los órganos de apoyo, asesoramiento y control del Registro”; el Archivo Único Centralizado es la oficina encargada de recopilar, centralizar, ordenar y custodiar los Títulos Archivados (documentos que posee el Registro, los cuales sustentan los hechos inscritos), así como de proporcionar la información necesaria a los diversos órganos del sistema registral; y el Archivo Personal es aquel que contiene la información sumaria de los hechos inscritos relativos a cada persona natural.
11. De igual manera, según lo dispuesto por el artículo 8.º de la Ley N.º 26497, para el ejercicio de sus funciones, el RENIEC mantiene estrecha y permanente coordinación, entre otras entidades, con las municipalidades provinciales, distritales y de centros poblados menores. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria de la referida norma dispone que el personal y acervo documentario de las oficinas del registro civil de los gobiernos locales se incorporan al RENIEC.
12. Por otro lado, en el orden administrativo, todo procedimiento administrativo debe regirse fundamentalmente por los principios contemplados en la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General, entre los cuales es pertinente resaltar a los siguientes:
  - Principio de impulso de oficio. Por el cual las autoridades administrativas deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento, así como ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. Este principio también es recogido por el artículo 145.º del citado cuerpo legal, que dispone que la autoridad administrativa, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación y superar cualquier obstáculo que se oponga a ello, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias

o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

- Principio de celeridad. Que establece que quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
  - Principio de simplicidad. Según el cual los trámites establecidos por la autoridad administrativa deben ser sencillos, lo que supone la eliminación de toda complejidad innecesaria; por tanto, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.
13. Asimismo, la Ley N.º 27444, en su artículo 165.º señala que no deberá actuarse prueba respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o que estén sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior. De manera complementaria, su artículo 167º, inciso 1) dispone que “(...) la autoridad administrativa a la que corresponde la tramitación del asunto recabará de las autoridades directamente competentes los documentos preexistentes o antecedentes que estime conveniente para la resolución del asunto, sin suspender la tramitación del expediente”.
14. En el caso de autos se advierte que el demandante inició un procedimiento administrativo ante RENIEC que fue observado debido a que se constató que en la boleta y en el libro Registro de Inscripción su apellido materno se encontraba enmendado, motivo por el cual se le requirió para que presentara su partida de nacimiento y se haga una prueba decadactilar. Dicha enmendadura se presenta en documentos en los cuales la consignación de datos –y por tanto los errores en que se haya incurrido– es de exclusiva responsabilidad del ente administrador; documentos que, por lo demás, obran actualmente en su poder. De otro lado, es responsabilidad y competencia del RENIEC la custodia de los documentos que sustentan los hechos inscritos (Títulos Archivados), los mismos que, en el caso de autos, deberán servir para verificar los datos del Registro.
15. En caso no se cuente con el título archivado requerido –por haber desaparecido, haber sido mutilado o destruido a consecuencia de negligencia propia, hechos fortuitos o actos delictivos–, también es

responsabilidad del RENIEC, a fin de verificar datos que pudieran estar observados, gestionar de oficio dichos documentos, solicitándolos a las entidades correspondientes, más aún [*sic*] si se trata de oficinas registrales que forman parte del sistema registral o de municipalidades con las cuales tiene estrecha y permanente vinculación por mandato de su propia ley orgánica. En el presente caso es evidente que la actuación de RENIEC no se ha sujetado a tales prescripciones, de modo que ha inobservado los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad, vulnerando el derecho constitucional del demandante al debido proceso en sede administrativa, al causar una demora innecesaria en la expedición de su Documento Nacional de Identidad.

16. Por lo expuesto, este Colegiado considera necesario disponer que el RENIEC, en un plazo máximo de cinco días útiles de notificada la presente demanda, gestione ante la oficina registral o entidad correspondiente la expedición de la partida de nacimiento del recurrente, quien, por su parte, deberá cumplir con registrar sus huellas decadaactilares, a fin de culminar el trámite de canje de libreta electoral por el DNI.
17. Esta sentencia constituye precedente vinculante respecto de los fundamentos jurídicos N.ºs 14, 15, y 16, *supra*, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Disponer que el Jefe del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil –RENIEC–\* de Puerto Maldonado gestione la expedición de la partida de nacimiento del demandante, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico N.º 16, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**  
**VERGARA GOTELLI**

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional, se lee: “Registro Nacional de Identidad y Estado Civil RENIEC debiendo decir: “Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC-”.

EXP. N.º 3075-2006-PA/TC  
LIMA  
ESCUELA INTERNACIONAL  
DE GERENCIA  
HIGH SCHOOL OF  
MANAGEMENT-EIGER

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 29 días del mes de agosto de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Manuel Cipriani Nevad, en representación de Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 160, su fecha 13 de setiembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 24 de noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated, así como contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi) solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Indecopi N.ºs 193-2004/ODA-INDECOPI y 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 30 de julio de 2004 y 4 de noviembre del mismo año, respectivamente, alegando que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Manifiesta el recurrente que con fecha 8 de mayo de 2003 la codemandada Microsoft Corporation y otros solicitaron al Indecopi realizar una inspección en la Universidad Privada de Tacna, entidad ubicada en la localidad del mismo nombre, inspección que, sin embargo, fue suspendida por iniciativa de la misma interesada con fecha 15 de julio de 2003, con objeto

de variar su solicitud original respecto de otra entidad ubicada dentro de la misma localidad. Refiere que posteriormente y pese a los alcances de dicha petición de variación, Indecopi, a través de su Oficina de Derechos de Autor, y a instancias de un escrito presentado por la codemandada Microsoft Corporation, con fecha 25 de julio del [sic]2003, sin prueba alguna que sustente dicha decisión, varió arbitrariamente de localidad procediendo a ejecutar, con fecha 15 de agosto de 2003, la inspección en contra de su representada, domiciliada en Av. Cuba N.º 699, Jesús María, departamento de Lima. Expone que, producto de los hechos descritos, se levantó un acta de inspección, insertándose en ella hechos falsos, imponiéndosele a su representada una multa indiscutiblemente confiscatoria. Puntualiza que en la citada inspección tampoco participaron peritos o expertos en detectar el uso de los supuestos *software* que aducen los denunciante, más aún [sic] si se toma en consideración que las máquinas de propiedad de la empresa recurrente no están en condiciones de soportar el *software* de Microsoft. Precisa también que en la primera instancia del procedimiento administrativo seguido ante Indecopi no se tomó en cuenta la petición del recurrente a efectos de que se realice una inspección para demostrar que sus equipos no pueden soportar el *software* referido; que ulteriormente, y tras interponer recurso de apelación, tampoco se les concedió el uso de la palabra pese a haberlo solicitado, resultando de todo lo expuesto que su representada, finalmente, ha sido conminada a pagar una multa y un devengado por supuesta violación del derecho de autor, equivalentes a las sumas de 34,02 UIT y US \$ 31.287,58, respectivamente, lo que atenta en definitiva contra sus derechos constitucionales.

El Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de noviembre del [sic]2004, de plano declara improcedente la demanda argumentando que la pretensión en el presente caso es la impugnación de una resolución administrativa emitida por Indecopi, por lo que el reclamo es de orden legal y no constitucional, encontrándose regulado en la Ley sobre derechos de autor o Decreto Legislativo N.º 822, no siendo el amparo la vía idónea.

La recurrida confirma la apelada estimando que la pretensión del actor requiere ser discutida en una etapa probatoria, de la cual el proceso constitucional de amparo carece.

## FUNDAMENTOS

### Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se disponga la inaplicabilidad tanto de la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del [sic] 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como de la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI,

emitida con fecha 4 de noviembre del [sic] 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución. Alega el demandante que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

### **Rechazo liminar injustificado. La no exigibilidad de declaratoria de nulidad en el presente caso**

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, se hace pertinente precisar que aun cuando en el presente caso se ha producido un rechazo liminar injustificado, habida cuenta de que no se han configurado de forma manifiesta las causales de improcedencia previstas en la ley procesal aplicable, este Colegiado considera innecesario declarar el quebrantamiento de forma y la correlativa nulidad de los actuados, dada la urgente necesidad de tutela que asume el petitorio demandado a la luz de los hechos que lo sustentan. Dicha perspectiva, 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.

### **El Debido Proceso como derecho principalmente invocado. Ámbitos y dimensiones de aplicación**

3. De lo que aparece descrito en la demanda y de los recaudos que la acompañan se aprecia que lo que principalmente pretende el recurrente es cuestionar las resoluciones administrativas emitidas por las dependencias del Indecopi, no solo por la forma como se ha tramitado el procedimiento que culminó con su expedición, sino por el contenido o los alcances en que han derivado tales resoluciones. En otras palabras, se trata de una demanda que en lo esencial invoca la defensa del derecho al debido proceso administrativo, entendiendo que dicho atributo ha sido vulnerado no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos.
4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos

como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

## **Análisis de las transgresiones al debido proceso formal**

5. En lo que respecta a la dimensión estrictamente procedimental del derecho invocado, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta plenamente legítima, habida cuenta de que **a)** El Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el Indecopi, necesariamente deben tomar en cuenta. En efecto, conforme lo reconoce el artículo 176 de la citada norma *“Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N.º 807 (que regula las facultades, normas y organización del Indecopi), los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos por este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces [...]”*. El artículo 177, por su parte establece que *“Las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras: [...] c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo [...]”*. El artículo 179, a

su turno, precisa que *“Cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa, las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considera suficientes para determinar que [...] b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente [...]”*. El artículo 180, de otro lado, prevé que *“El solicitante de medidas preventivas o cautelares debe proporcionar a la autoridad, además de las pruebas a las que se refiere el artículo anterior, toda información necesaria para la identificación de los bienes, materia de la solicitud de medida preventiva y el lugar donde estos se encuentran”*. Finalmente, el artículo 181 contempla que *“La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas”*; **b)** De los dispositivos legales anteriormente mencionados se desprende con toda precisión que si bien la autoridad administrativa, en este caso la Oficina de Derechos de Autor, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes al autor, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ser tales dejan de ser una exigencia a la par que una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas son aplicadas. Dentro de dicha lógica y aunque es cierto que entre las medidas preventivas o cautelares se encuentra la diligencia de inspección (artículo 177), esta necesariamente debe ser solicitada por el interesado y sustentada con un mínimo de elementos probatorios o suficientes en la forma en que expresamente lo indica el anteriormente citado artículo 179. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es, por otra parte, un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio, conforme lo ratifica el también citado artículo 180, lo que significa que no cabe un manejo diferenciado donde la norma simplemente no lo precisa o no lo habilita. En el contexto descrito, conviene añadir un detalle sobre en el que posteriormente se incidirá. No existe en el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor norma alguna que habilita una diligencia de variación de inspección. Tampoco se encuentra prevista dicha facultad en el Decreto Legislativo N.º 807 o Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, lo que supone que su procedencia resulta en el menor de los casos seriamente cuestionable; **c)** De lo señalado en los acápites precedentes, y de lo que aparece de la Solicitud de Inspección formulada por la entidad demandada con fecha 8 de mayo del [sic] 2003 (obrante de fojas 25 a 28 de los autos), se observa que no existe

un solo elemento probatorio que sustente dicha petición; dicho esto, incluso respecto de la denominada Universidad Privada de Tacna sobre quien originalmente se solicitó dicha medida. En dicho contexto, la simple invocación de normas jurídicas que realiza la entonces peticionante, no puede servir como argumento para convalidar la procedencia de la misma, no solo por las razones de insuficiencia probatoria anteriormente precisadas, sino porque incluso las propias normas citadas (literal f del artículo 169 del Decreto Legislativo N.º 822 y literales a, b y c del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 807) no suponen excepción alguna, explícita o implícita sobre los mandatos legales establecidos en la tramitación de toda medida preventiva o cautelar; **d)** Tampoco se observa en el posterior escrito de variación de solicitud de inspección, presentado por la actual demandada con fecha 25 de julio del [sic] 2003 (ff. 30-31), que exista respaldo normativo alguno que sustente jurídicamente dicha medida, sea en base a la Ley de Derechos de Autor o en base a la Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Por el contrario, este último escrito no solo vuelve a incurrir en una absoluta y clamorosa insuficiencia probatoria, sino que dicha anomalía resulta hasta considerativa o argumental, pues no se da una sola razón que justifique o respalde la diligencia de inspección y ni siquiera la de la consabida y, por demás, irregular solicitud de variación. Lo más saltante resulta siendo la contradicción evidente que existe entre este último escrito y uno anterior sobre suspensión presentado por la misma demandada con fecha 15 de julio del [sic] 2003 (f. 29), en el cual, y tras peticionarle a la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi suspender temporalmente la diligencia de inspección en el local de la Universidad Privada de Tacna, ubicado en la ciudad de Tacna, argumenta que dicha suspensión se realiza a fin de tramitar una variación de solicitud de inspección a llevarse a cabo en otra entidad ubicada en la misma localidad, cuando, al revés de ello y como se aprecia de los autos, la consabida medida termina solicitándose y posteriormente ejecutándose en el local de la actual demandante, ubicado en Lima, esto es, fuera de la localidad para la que supuestamente había sido prevista dicha variación; **e)** Ni la tantas veces citada variación ni el escrito que pretende respaldarla tienen, como se ha señalado precedentemente, fundamento normativo alguno, constituyéndose, por las consideraciones descritas, en un procedimiento a todas luces irregular, habilitado *ipso facto* por parte de la demandada. Este solo hecho, por lo demás, sería suficiente para considerar nula la diligencia de inspección practicada por la Oficina de Derechos de Autor y cuya acta de fecha 15 de agosto del [sic] 2003 obra de fojas 50 a 68 de los autos. Sin embargo, tampoco es el único que merece aquí analizarse; **f)** A fojas 83 de los autos obra el escrito mediante el cual la demandada, tras haber formulado recurso de

apelación contra la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, solicita el uso de la palabra, esta vez, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (Sala de Propiedad Intelectual). También obra, a fojas 84, la Cédula de Notificación que con fecha 29 de septiembre emite la citada Sala de Propiedad Intelectual y en la cual responde la petición formulada argumentando que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 206.º del Decreto Legislativo N.º 822, Ley de Derecho de Autor, la actuación o denegación de la solicitud del uso de la palabra quedará a criterio de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal. En el presente caso, del análisis de lo actuado y atendiendo a la materia en discusión, la Sala ha determinado DENEGAR el uso de la palabra solicitado”*; **g)** Considera este Colegiado, sobre este particular, que si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral *“[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”*, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable; **h)** Desde la perspectiva descrita, considera este Colegiado que, sin necesidad de declarar inaplicable el citado artículo 206 del Decreto Legislativo 822, procede una lectura de dicho dispositivo de forma que resulte compatible con la Constitución y con el cuadro de valores materiales que ella reconoce. En el caso de autos, sin embargo, resulta evidente que la lectura que se ha dispensado a dicho precepto, y que aparece citada en la mencionada Notificación de fojas 84, no ha reparado en que si del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas desde la etapa de la diligencia de inspección y que han sido cuestionadas en todo momento, no se puede pretender que ni siquiera procede el derecho de defensa que, en la forma de informe oral, le asiste a la entidad demandante.

6. Por lo señalado hasta este momento, queda claro que, en el presente caso, no se ha hecho por parte de las dependencias e instancias del Indecopi una observancia escrupulosa del debido proceso administrativo entendido en términos formales. Cabe, por consiguiente, recordar que dicho derecho no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente a efectos de que la administración pueda utilizarlas o prescindir de las mismas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulta compatible con la Justicia como valor y la garantía para el administrado de que está siendo adecuada o correctamente procesado. Constatadas las infracciones descritas, la demanda debe estimarse en este primer extremo.

### **Análisis de la transgresión al debido proceso sustantivo. La correlativa amenaza a la libertad de trabajo**

7. En lo que respecta al contenido mismo de las resoluciones administrativas cuestionadas por la entidad recurrente, esto es, la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, del 30 de julio del [sic] 2004, y la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 4 de noviembre del [sic] 2004 (ff. 87-112 de los autos), este Colegiado estima pertinente puntualizar que, independientemente de que exista una diferenciación en los aspectos conclusivos en los que desembocan ambos pronunciamientos (uno es más gravoso que el otro), los mismos adolecen de un vicio de origen, que reside en el hecho de no haber reparado o meritulado de modo adecuado las transgresiones producidas por parte de la administración, al momento de efectuar la consabida diligencia de inspección e incluso (y esto respecto de la resolución de segunda instancia administrativa) durante el mismo procedimiento. Tal situación, sin necesidad de que ahora tenga que meritularse la intensidad de las sanciones aplicadas, conlleva arbitrariedad manifiesta en el proceder, lo que supone que, cualquiera que sea la conclusión adoptada, esta necesariamente ha devenido en irrazonable.
8. Entiende este Colegiado que independientemente de las transgresiones producidas respecto del derecho fundamental al proceso debido, existe correlativamente en el caso de autos, y a la luz del tipo de sanciones aplicadas (esencialmente pecuniarias), una amenaza cierta e inminente sobre la libertad de trabajo, concretizada en el hecho de venirse requiriendo a la recurrente, bajo apercibimiento de aplicarse nuevas sanciones (f. 24 y 24 vuelta del cuadernillo especial), el pago de un monto de dinero como el fijado en la Resolución

N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI. Bajo tales consideraciones se hace necesario, de modo adicional a lo señalado precedentemente, hacer hincapié en la necesidad de que en toda circunstancia en la que se aplique sanciones de tipo económico se ponderen del modo más adecuado sus efectos y consecuencias a fin de no perjudicar de modo ostensible la citada libertad.

### **Facultad de verificación y sanción de las dependencias del Indecopi**

9. Este Tribunal, por último, deja claramente establecido que el hecho de que tras haberse detectado las infracciones a las dimensiones del debido proceso aquí señaladas, tenga que disponerse necesariamente la inaplicabilidad de las resoluciones cuestionadas, no supone que las dependencias competentes del Indecopi (específicamente su Oficina de Derechos de Autor) no puedan realizar *a posteriori* una nueva verificación sobre la entidad recurrente y aun sancionar, de darse el caso. Simplemente la necesidad y, al mismo tiempo, la advertencia de que en tales ocasiones se proceda con sujeción escrupulosa a la normatividad aplicable, que, como ya se señaló en su momento, establece criterios imperativos o de observancia obligatoria. Queda claro, en todo caso, que los actos administrativos que han sido consecuencia de las resoluciones cuestionadas (entre ellos, el requerimiento de pago anteriormente señalado) carecen de sustento.

### **Precedente vinculante**

10. Finalmente, y por tratarse en el presente caso de una causa en la que este Colegiado ha dejado establecida su posición respecto a la interpretación que debe darse a determinadas normas del ordenamiento jurídico, resulta de aplicación el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que supone que, a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, todos los jueces y tribunales del país quedan vinculados por el precedente aquí establecido y principalmente desarrollado en los acápite a), b) g) y h) de su fundamento 5.

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

### **HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta.

Dispone inaplicar a la Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, tanto la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI,

emitida con fecha 30 de julio del [sic] 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del [sic] 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución.

Dispone la incorporación del fundamento 5, acápite a), b) g) y h), a la parte resolutive de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA**  
**ALVA ORLANDINI**  
**LANDA ARROYO**

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC  
LORETO  
CONSORCIO REQUENA

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Urviola Hani y los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Consorcio Requena contra la resolución de fojas 1192, su fecha 20 de agosto de 2012, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró improcedente la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 22 de febrero de 2012, el demandante interpone demanda de amparo contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, solicitando la nulidad de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo, solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva Sala administrativa del OSCE. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Sostiene que en su recurso administrativo de apelación, en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra

“Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del “Gerente de Obras” que no había sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Agrega que la citada Sala administrativa resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

El Procurador Público del OSCE contesta la demanda indicando que el amparo es un proceso residual y que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia. Señala que al momento de resolverse la apelación del demandante no se ha vulnerado el “principio de congruencia”, pues se ha aplicado el artículo 5º de la Ley N.º 27444, que autoriza a los órganos administrativos a incorporar de oficio nuevas cuestiones de hecho y derecho, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados. También refiere que la mencionada Resolución N.º 97-2012-TC-S1 fue emitida en otro expediente administrativo y que no constituye un precedente de observancia obligatoria, por lo que no cabía extender su criterio al caso del demandante.

Mediante Resolución N.º 5, de fecha 12 de marzo de 2012, se integra al proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo a la Municipalidad Provincial de Requena, que se apersona debidamente representada por su Procurador Público.

El Primer Juzgado Civil de Maynas declara fundada la demanda, por considerar que, en cuanto al título profesional de ingeniero civil del “Gerente de Obra”, se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del “Gerente de Obra” propuesto.

A su turno, la Sala revisora revoca la apelada y declara improcedente la demanda, estimando que la vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es el proceso contencioso administrativo, proceso de plena jurisdicción que permite al juez ordinario no solo anular, sino además reconocer, restituir o indemnizar un derecho conculcado.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (I Convocatoria); se emita un nuevo pronunciamiento sobre su recurso y que este sea resuelto por una nueva Sala administrativa del OSCE, por supuestamente haberse afectado sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad y el principio de congruencia procesal.
2. Este Tribunal Constitucional considera que del análisis del petitorio y de los hechos que sustentan la demanda de amparo, se advierte que lo que en realidad se plantea está relacionado con el contenido del derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse producido básicamente las siguientes afectaciones: **i)** afectación al derecho de defensa, en cuanto presuntamente se incorporó el análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación del demandante; y, **ii)** afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido en un pronunciamiento administrativo anterior.
3. Las afectaciones expuestas, si bien son susceptibles de ser examinadas en el proceso contencioso administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales (RTC N.º 00923-2012-PA/TC, fundamento 6) y, por tanto, tal como lo ha planteado la entidad emplazada refiriéndose a la aplicación del artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es una vía específica y satisfactoria para dilucidar la presente controversia; este Colegiado, en vista de la gravedad de los hechos denunciados y de su relevancia constitucional, estima pertinente que las afectaciones invocadas sean analizadas en el presente proceso. Tal como sucedió en la STC N.º 00228-2009-PA/TC, se dejó dicho que “cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del

amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada”.

## **Sobre la afectación del derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución)**

### **Argumentos del demandante**

4. El demandante alega que interpuso recurso administrativo de apelación contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (Ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”) adoptada por la Municipalidad Provincial de Requena, planteando las correspondientes cuestiones de hecho y derecho que juzgaba convenientes y solicitando que se determine su legalidad. Si bien las cuestiones planteadas en el citado recurso administrativo recibieron, cada una, pronunciamiento, la emplazada fijó un nuevo punto controvertido relacionado con los requisitos mínimos del “Gerente de Obra” según la bases del concurso, que no había sido materia de crítica por parte del recurrente ni mucho menos criterio de rechazo por parte de la Municipalidad Provincial de Requena, lo cual constituye una contravención al principio de congruencia procesal.
5. Agrega que el recurso de apelación fue desestimado mediante un pronunciamiento administrativo *extra petita*, sin que pudiera ejercer su derecho de defensa oportunamente y de manera completa, dado que recién se tomó conocimiento del nuevo punto en controversia, de manera oralizada y resumida, en la audiencia pública.

### **Argumentos de la entidad demandada**

6. La emplazada señala que no se debe pretender aplicar las características del principio de congruencia en su faceta judicial a las resoluciones dictadas en el seno de un procedimiento administrativa, [sic] puesto que para ambos su naturaleza es distinta. En sede administrativa, por disposición del artículo 5º de la Ley N.º 27444, el acto administrativo puede incluir en su contenido aspectos que no hayan sido propuestos originalmente por el administrado, como efectivamente ha sucedido en el caso de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1.
7. Asimismo, indica que si bien no fueron materia de impugnación las cuestiones relativas al cumplimiento de los requisitos del “Gerente de

Obras”, el demandante tuvo la oportunidad de formular sus descargos antes de emitir la resolución cuestionada, tanto en la audiencia pública del 9 de febrero de 2012 como en su escrito presentado en la misma fecha.

## Consideraciones del Tribunal Constitucional

8. Este Tribunal Constitucional ha reiterado en la STC 03891-2011-PA/TC (fundamento 12) que, en general, “el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución, aplicable no sólo [*sic*] a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos”. Bajo esa premisa, en cuanto al derecho de defensa cabe mencionar que éste [*sic*] constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma tal ámbito del debido proceso y se proyecta como un “principio de interdicción” de cualquier situación de indefensión y como un “principio de contradicción” de los actos procesales que pudieran potencialmente repercutir en la situación jurídica de las partes, sea en un proceso judicial o procedimiento administrativo (Véase, STC N.º 08605-2005-PA/TC, fundamento 14).
9. En el presente caso, el recurrente ha sostenido que la cuestionada Resolución N.º 170-2012-TC-S1 lo expuso a un estado de indefensión, al haberse agregado un punto controvertido nuevo, referido a la acreditación de los requisitos mínimos del “Gerente de Obras”, no propuesto por su persona en su respectivo recurso administrativo de apelación y contra el cual, además, no pudo realizar debidamente sus descargos.
10. De la revisión del recurso de apelación, interpuesto el 26 de diciembre de 2011 (fojas 86), se advierte que el recurrente impugnó la decisión de descalificación de su propuesta técnica porque, según su opinión, sí cumplió con los requerimientos técnicos mínimos de las Bases Integradas para ser considerado como postor hábil en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR. El recurrente fundamentó que el Comité Especial, al desestimar su propuesta técnica, no tomó en cuenta que: i) no se le exigió especificar los años de antigüedad de sus equipos, sino únicamente el listado de profesionales, el personal propuesto y la relación de los equipos; ii) no le era exigible una “promesa de consorcio”, porque el recurrente ya era un consorcio constituido; y, iii)

el Consorcio Nor Amazónico había presentado documentación falsa o inexacta que implicaba la violación del principio de veracidad.

11. Por su parte, la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 estima todas las observaciones del demandante, esto es, sobre la antigüedad de los equipos propuestos, el requisito de la no presentación de la promesa de consorcio y sobre la verificación de la supuesta irregularidad documentaria del Consorcio Nor Amazónico; pero incorpora como nuevo punto en controversia la “no acreditación del Gerente de Obras” (fojas 29). En este punto, se sustenta que el recurrente no cumplió con presentar la copia simple del título profesional del ingeniero civil propuesto como Gerente de Obras, tal como lo habían exigido las respectivas bases integradas de la licitación. Por este punto, finalmente se declaró infundado el recurso de apelación y se confirmó el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Nor Amazónico.
12. Sobre el “principio de congruencia”, si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N.º 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el *iter* del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.
13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar. Tal como quedó establecido en la STC N.º 00884-2004-AA/TC, pues **“ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses.** Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad” (énfasis agregado).
14. En el caso, sí se desprende de la propia Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (considerando 19) que, mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2012, el demandante realizó sus descargos acerca de la

no acreditación de los requisitos para el “Gerente de Obra”. Debe observarse, que si bien el demandante ha señalado que no pudo ejercer una defensa “completa”, en autos no obran medios probatorios que sustenten tal afirmación, por lo que este Tribunal entiende que sí pudo realizar la correspondiente contradicción contra el nuevo punto de controversia en mención. Por lo tanto, debe desestimarse la demanda en este extremo, dado que no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa del demandante.

15. Sin perjuicio de lo dicho, para este Tribunal no deja de llamar la atención la circunstancia de que el demandante haya tomado conocimiento de los nuevos hechos observados por la autoridad administrativa recién en el acto de audiencia pública del 9 de febrero de 2012 (no negado por la emplazada en su escrito de contestación), cuando conforme al derecho de defensa, ésta [*sic*] no implica únicamente la realización efectiva de la contradicción, sino además que disponga de un tiempo lo suficientemente razonable para su elaboración o preparación, acorde por supuesto con la complejidad de lo que se discute.

### **Sobre la afectación al derecho a la igualdad en aplicación de la ley (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución)**

606

#### **Argumentos del demandante**

16. El recurrente argumenta que la Primera Sala del Tribunal del OSCE ha aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos iguales en relación con la forma de acreditación del grado profesional del “Gerente de Obras”. Indica que la cuestionada Resolución N.º 170-2012-TC-S1 resolvió su recurso de apelación aplicando un criterio distinto del utilizado en el pronunciamiento recaído en la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, a pesar de ser el mismo órgano decisor y los mismos hechos.
17. Añade, en ese sentido, que la resolución de la mencionada Sala administrativa ha procedido a realizar un tratamiento diferenciado en perjuicio del recurrente, dado que contradice de manera clara su criterio interpretativo sobre el requisito de presentación del título profesional, aun cuando ya se encuentra acreditada la correspondiente colegiatura del profesional; que por tanto, se omitió efectuar una observancia escrupulosa del derecho al debido proceso.

#### **Argumentos de la entidad demandada**

18. Señala que la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, emitida en el Expediente N.º 1648.2011.TC, sobre el recurso de apelación interpuesto por

Consortio Colonial, constituye un pronunciamiento adoptado, al igual que la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, sin que exista una posición uniforme en todos los integrantes de la Sala emplazada. Ninguna de las dos resoluciones son precedentes administrativos de observancia obligatoria, pues estos se caracterizan por establecer expresamente interpretaciones de alcance general y son publicados en el diario oficial *El Peruano* y en la página institucional del OSCE, lo cual no fue el caso de autos.

## Consideraciones del Tribunal Constitucional

19. Este Colegiado ha explicado que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad *ante la ley* y el derecho a la igualdad *en la aplicación de la ley*. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando se considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.
20. En sede administrativa, en la STC N.º 01279-2002-AA/TC (fundamento 3), se ha señalado en particular que “el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho a la igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: ‘Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes’”.
21. En el caso de autos, el demandante ha sostenido que en sede administrativa ha sido objeto de un injustificado tratamiento diferenciado, ocasionado por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, que desestimó su recurso de apelación, a pesar de que con anterioridad la emplazada resolvió favorablemente la misma controversia expresando un parecer distinto, lo que constituye una vulneración de su derecho a la igualdad.

22. En relación con la evaluación de si un tratamiento diferenciado constituye una afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este Tribunal Constitucional ha establecido que el presunto agraviado debe plantear un *término de comparación* válido, a partir del cual se pueda contrastar la diferenciación y su arbitrariedad. En la STC N.º 01211-2006-PA/TC (fundamento 24), este Colegiado ha entendido que ese *término de comparación* es el examen de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Este criterio, si bien ha sido construido originalmente enfocado en el ámbito jurisdiccional, este Colegiado estima que no existen mayores inconvenientes en extenderlo al ámbito procesal administrativo, puesto que en ambos escenarios, jurisdiccional y administrativo, existe la misma lógica de un orden conformado por reglas jurídicas, un órgano aplicador y un destinatario de la decisión, por lo que este criterio es apropiado y aplicable a la actuación administrativa a efectos de comprobar las afectaciones al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Siendo así, siguiendo la STC N.º 01211-2006-PA/TC, se debe señalar que tanto la decisión cuestionada en su constitucionalidad como el *término de comparación*, integrado por la decisión o decisiones administrativas, deben reunir las condiciones siguientes:
- (a) Debe existir identidad en el órgano decisor que resolvió los casos.
  - (b) El órgano decisor debe tener una composición semejante.
  - (c) Los supuestos de hecho involucrados deben ser sustancialmente iguales.
  - (d) Que se haya producido una disparidad en la respuesta jurídica.
  - (e) No debe existir una motivación del cambio de criterio.
23. En el presente caso, para la evaluación de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, se ha planteado como *término de comparación* la reciente Resolución N.º 97-2012-TC-S1, de fecha 15 de enero de 2012. Para tal efecto, se verifica que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE; que la Sala en mención estuvo conformada por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala y Isasi Berrospi), que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres jurídicos distintos; por lo que es un parámetro válido para evaluar la afectación al derecho a la igualdad. En consecuencia,

corresponde a continuación examinar si la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.

24. De ambas resoluciones administrativas se aprecia lo siguiente:

- El **15 de enero de 2012**, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE dicta la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.º 1648.2011.TC (fojas 42 y ss.), que resolvió *estimando* el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Colonial contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.º 005-2011-GG-PJ, convocada por el Poder Judicial para la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios de administración de justicia en la nueva sede de la Corte Superior de Justicia del Callao”.

En tal oportunidad, respecto de la descalificación por motivos de no acreditar con la “copia del Título Profesional” el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero sanitario, la Sala administrativa indicó que, habiéndose presentado el Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del profesional en cuestión y el Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú, “13. [...] queda claro entonces que encontrándose el Ingeniero Anastasio Moscoso Soto inscrito en el Registro del Colegio de Ingenieros, aquél [sic] cuenta con el título profesional correspondiente, por lo que su no presentación, a criterio de este colegiado, no impide tener certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y, por ende, del cumplimiento y acreditación del requerimiento técnico mínimo exigido, referido a que se trata de un profesional colegiado con el título profesional de Ingeniero Sanitario” (sic, subrayado agregado).

Y agrega que “25. *En ese orden de ideas, y dentro de lo expuesto anteriormente, este Colegiado considera que, de una evaluación integral de la propuesta presentada por El Impugnante, se puede evidenciar el cumplimiento de los requerimientos mínimos establecidos en las Bases para el Especialista de Instalaciones Sanitarias. Así, si bien aquél [sic] no presentó una copia del correspondiente título profesional del Ingeniero Sanitario, sí adjuntó el diploma otorgado por el Colegio de Ingenieros de Perú a este, generando su presentación certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y por ende, del cumplimiento del requerimiento técnico mínimo exigido, debiendo este extremo de la solicitud presentada por El Impugnante ser amparada en aplicación de los principios de razonabilidad,*

*eficiencia y libre concurrencia, en la medida que El Impugnante presentó una propuesta que cumple con la finalidad para lo cual el proceso de selección ha sido convocado” (sic, subrayado agregado).*

- El **15 de febrero de 2012**, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE expide la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.º 1819.2011.TC (fojas 14 y ss.), que resolvió *desestimando* el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”.

En cuanto a la observación de no acreditar con la “copia del Título Profesional” el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero civil (Gerente de Obras), la misma Sala Primera señaló que *“si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros Del Perú y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra [...] En consecuencia, como quiera que el Impugnante no ha logrado revertir la descalificación de su propuesta técnica, se concluye que carece de legitimidad para impugnar la propuesta del postor ganador de la buena pro, por lo cual, en virtud del análisis efectuado y atendiendo a los dispuesto en el numeral 1) del artículo 119º del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el impugnante” (sic, subrayado agregado).*

25. En síntesis, se observa lo siguiente. En una primera oportunidad, la Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del “Título Profesional” es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (considerando 10 y 11), existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.º 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú, la colegiatura es “obligatoria” y, según el Estatuto del mismo Colegio, para la

incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido.

Luego, en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que sí es indispensable adjuntar la “copia del Título Profesional”, aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional, la referida “copia del Título Profesional”.

26. En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

### **Efectos de la presente sentencia**

27. En vista de que está probada la afectación al derecho a la igualdad en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, correspondería, conforme a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, reponer las cosas al estado anterior a la violación denunciada, anulando los actos posteriores y ordenando a la emplezada que emita un nuevo acto administrativo, acatando los fundamentos expuestos en esta sentencia; sin embargo, este Tribunal Constitucional advierte que, en el estado actual de los hechos, en la presente causa ha devenido la sustracción de la materia.
28. Según la Resolución N.º 861-2012-TC-S2, de fecha 13 de setiembre de 2012, expedida por la Segunda Sala del Tribunal del OSCE (fojas 1227), dictada en este proceso de amparo en virtud de la solicitud de actuación inmediata de sentencia de primera instancia, se observa que con fecha 14 de marzo de 2012, la Municipalidad Provincial de Requena ha suscrito con Consorcio Nor Amazónico el Contrato

N.º 068-2012-MPR sobre ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”, materia de convocatoria en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR; de lo cual se desprende que, al momento de dictarse esta sentencia, han transcurrido aproximadamente nueve meses de iniciada la ejecución de la obra, por lo que no es posible que se retrotraigan los hechos al momento anterior a la resolución de la apelación administrativa del demandante.

29. Por lo tanto, conforme al segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, no queda para este Tribunal sino más que declarar la irreparabilidad del derecho, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda y se deje sin efecto la ejecución de la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.
30. En los Exps. N.ºs 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante; a saber:
- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
  - b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
  - c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
  - d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
  - e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
  - f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta

de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

31. Es así que el Tribunal Constitucional en el precitado Exp. N.º 03741-2004-PA/TC fijó un precedente vinculante en relación con el ejercicio de la potestad de realizar control difuso por parte de los tribunales administrativos u órganos colegiados de la Administración Pública; en ese sentido, en el fundamento 50.a se expuso que:

*Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.*

Vía aclaración se precisó que los tribunales administrativos u órganos colegiados a que se hace referencia en el precedente vinculante son los que imparten justicia administrativa, con carácter nacional y adscritos al Poder Ejecutivo (considerando 4, resolución aclaratoria).

Posteriormente en el Exp. N.º 00014-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional fijó algunas reglas adicionales; sin embargo, en lo que atañe al presente pronunciamiento cabe precisar que conforme a las sentencias precitadas, se extendieron los alcances de la potestad de aplicar control difuso a tribunales administrativos o órganos colegiados de la Administración Pública con competencia nacional, los que quedaron “autorizados” a inaplicar disposiciones infraconstitucionales, cuando adviertan una vulneración manifiesta del texto constitucional.

32. A pesar de haberse fijado las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante en el Exp. N.º 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Exp. N.º 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo, dado que:

- a. Ni en la *praxis* judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso.
- b. Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto más cuanto que en la misma sentencia no se hace referencia a una aplicación indebida de una norma perteneciente al mismo.
- c. No existía un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N.º 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. De otro lado, con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde el ejercicio de tal potestad, es comprensible que ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.
- d. No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.
- e. Por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.

Con lo expuesto hasta este momento, queda evidenciado que existen razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente precitado, dado que se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional para tal efecto; sin embargo, resulta pertinente analizar también las razones materiales que llevan a la misma conclusión.

33. En ese sentido, el precedente en referencia tiene cuando menos tres objeciones importantes, a saber:
  - a. En primer término, cuando la Constitución regula esta atribución, no solo establece la residencia en el Poder Judicial –dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado–, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo

y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deben proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos.

Por ello, en el Exp. N.º 00007-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional expuso que:

3. *En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues **la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138º de nuestra Constitución Política, sólo [sic] se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable (énfasis agregado).***

Asimismo, en el Exp. N.º 01680-2005-PA/TC, al desarrollar la institución del control difuso, el propio Tribunal Constitucional expuso:

2. *Este Tribunal tiene dicho que **el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).***

(...)

- 5.A) *Por un lado, **el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo***

**que es propio de la función jurisdiccional**, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

6.B) *En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo [sic] podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.*

(...)

7.C) *En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio” (énfasis agregado).*

En ese sentido, queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución.

b. De otro lado, desarrollando el contenido de la Constitución, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento; en tal sentido, el artículo 14º del TUO de la LOPJ establece:

*Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.*

*Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran*

*impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas [sic] no quepa recurso de casación.*

*En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.*

Por cierto, la referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138º de la Constitución vigente, pero el hecho concreto es que independientemente de si la sentencia expedida es cuestionada o no, éstas [sic] son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el control del ejercicio de esta actividad, lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independientemente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución.

- c. Además, permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de [sic] difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138º y 201º de la Constitución, respectivamente.

En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

Conviene resaltar también que el artículo 118.8º de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde *“ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”*. De modo que no solo se permitiría que

el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria, sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla.

34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.
35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

No obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38º, 44º y 51º de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

36. De hecho, no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún [sic] a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa.
2. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, causada por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE.
3. Disponer que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y que cumpla con actuar de conformidad con el fundamento 29, *supra*.
4. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI**  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
VERGARA GOTELLI**

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

**Petitorio**

1. Llega a este Tribunal la demanda de amparo interpuesto contra los integrantes de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva sala administrativa del OSCE, puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Sostiene que en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena-Loreto” se descalificó su propuesta técnica, interponiendo contra dicha decisión el recurso de apelación. Expresa que la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del “Gerente de Obras” que no había sido materia de impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Señala que la Sala administrativa emplazada resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

2. Tenemos del escrito de demanda y demás actuados que principalmente el consorcio recurrente denuncia la afectación de su derecho al debido proceso en sede administrativa, específicamente expresa que se le he [sic] afectado el derecho de defensa con la incorporación del análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación, así como que se le ha afectado el derecho a la igualdad en la aplicación ante la ley, puesto que los emplazados han resuelto en un caso análogo con criterio distinto al suyo.
3. Con respecto a la denuncia de la afectación del derecho de defensa, se advierte que el cuestionamiento se centra en cuestionar que los emplazados hayan analizado hechos nuevos que no fueron planteados en el recurso administrativo de apelación. Al respecto tenemos que el consorcio recurrente interpuso recurso de apelación contra la decisión de descalificar la propuesta técnica en la Licitación N° 001-2001-MPR, considerando que la respuesta otorgada por los emplazados no estaba acorde con lo pedido en el recurso de apelación, puesto que éstos [sic] analizaron hechos nuevos que no fueron materia del recurso administrativo de apelación. Este Colegiado ha expresado en más de una oportunidad que el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo [sic] a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.
4. En el caso de autos se advierte que la sala emplazada dio respuestas a los cuestionamientos planteados por el consorcio recurrente en su recurso de apelación en la sede administrativa, observándose que además de responder lo planteado en el recurso también se pronunció sobre la “no acreditación del Gerente de Obras”, considerando que además de que sus cuestionamientos eran infundados, tampoco había cumplido con otro requisito necesario. En este sentido si bien lo analizado de manera adicional por la sala administrativa emplazada no fue parte del recurso de apelación, también puede advertirse que dicho pronunciamiento adicional de los emplazados no comporta un agravamiento a los derechos del consorcio demandante, puesto que su recurso se desestimó explicándose las razones que respondían cada uno de los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, considerando por ello que el exceso de la sala emplazada en analizar un punto adicional no planteado en el recurso de apelación no constituye una afectación o agravamiento a los derechos del consorcio

recurrente. Por ello al advertirse que la posición de la sala emplazada no agravó al consorcio, puesto que igualmente sus cuestionamientos habían sido respondidos y desestimados.

5. Respecto al segundo punto de cuestionamiento, referido a la afectación al derecho a la igualdad, encuentro que la empresa demandante expresa que sala emplazada en un caso análogo se ha pronunciado de manera contraria a lo resuelto en su caso. Es así que refiere que la Sala emplazada al resolver un recurso administrativo de apelación consideró que la no presentación del Título Profesional de Ingenieros no impedía tener certeza del grado académico que ostenta dicho profesional, puesto que ello puede corroborarse fehacientemente del Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del Profesional y del Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú; sin embargo en el caso del recurrente expresa que *“si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra [ ]”*. En tal sentido se advierte que la Sala emplazada en un caso consideró que la sola presentación del Diploma de la Colegiatura en el Colegio de Ingenieros del Perú acredita el grado académico de dicho profesional pero en el caso del recurrente expresó lo contrario, lo que implicaría un trato diferenciado sin que existan razones objetivas y razonables. Sin embargo pese a advertirse ello también se observa que la obra ya está siendo ejecutada, por lo que en los hechos la situación se ha tornado en irreparable. Siendo así corresponde disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en dichos actos, debiéndose dejar sin efecto la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.
6. Asimismo observo que el proyecto analiza la pertinencia y la validez del Precedente Vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que determinó como regla jurisprudencial la facultad para que todo órgano colegiado de la administración pública pueda preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente, en otras palabras, dicho precedente permitió la aplicación, por parte de la administración pública, del control difuso. Al respecto debo expresar que yo ya tuve la oportunidad de pronunciarme respecto a dicha facultad otorgada a la administración pública en la STC N° 00014-2009-PI/TC, de fecha 25 de agosto de 2010, demanda de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad de Lima, en la que se analizó la

constitucionalidad del artículo 3º de la Ley N.º 28996, modificatoria del artículo 48º de la Ley N.º 27444, la cual permitía la aplicación del control difuso a los órganos administrativos.

7. En dicho caso analice la viabilidad del precedente citado (STC N.º 03741-2004-PA/TC) expresando que:

*“Partiendo del principio de Supremacía Constitucional se ha buscado que la Constitución de un Estado mantenga su vigencia efectiva vinculando a todos los entes del Estado con la consigna de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Es así que han nacido dos grandes sistemas de control de la Constitucionalidad, uno denominado Control Difuso y el otro denominado Control Concentrado.*

*El llamado Sistema Difuso como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como Judicial Review remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison en el año 1803 en los Estados Unidos de América, y en donde se determinó que todos los jueces y tribunales deben resolver las controversias llegadas a su sede –caso concreto–, de conformidad con la constitución inaplicando la ley inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha labor corresponde a todos los tribunales y jueces, no limitándose a uno en especial. Asimismo el Sistema Concentrado, abstracto o simplemente europeo, remonta sus orígenes a la obra creadora de Hans Kelsen en 1920, y cuya característica mayor es que deja el control de la constitucionalidad en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc.*

*Estos dos modelos inicialmente se originaron como sistemas puros de control de la constitucionalidad a través del tiempo, pero en su desarrollo se fueron dispersando en los diferentes países, manteniéndose puramente concentrados, o puramente difusos, pero también cierto es que en muchos otros países se fue desarrollando un modelo mixto u fusionado por los dos sistemas puros materia de comentario. Y en América Latina de manera peculiar y a partir de la segunda mitad del siglo XX se fue desarrollando la fusión de ambos sistemas puros, llegando a aplicarse este modelo dual en países tales como Bolivia, México, Brasil, y el Perú entre otros.*

*(...)*

*Este Tribunal en dicho precedente realizó la interpretación referida al artículo 138º de la Constitución Política del Estado que establece y otorga la facultad de aplicar el control difuso. Es así que señaló que la facultad de ejercer el control difuso trascendería a los Tribunales Administrativos, obligando a éstos [sic] a realizar un control de compatibilidad no sólo [sic] de dispositivos infralegales sino también legales y la Constitución del Estado. Es así que debo realizar una*

precisión no realizada en el precedente materia de análisis. Respecto a la aplicación del control difuso por los Tribunales Administrativos considero que si bien podrían aplicar este tipo de control sólo [sic] podría realizarse contra disposiciones infralegales y no legales, pudiéndose permitirse sólo [sic] dicha aplicación cuando se implementen los mecanismos necesarios tendientes a garantizar una correcta aplicación de dicho control, equiparándose las mismas exigencias que se realizan a los jueces del Poder Judicial, puesto que lo contrario significaría que éstos [sic] estarían disminuidos en sus facultades quedando en una situación de superioridad –enfautades– los Tribunales Administrativos.

Debe tenerse presente que la Constitución ha otorgado dicha facultad con exclusividad al Juez, quien tiene un rol importante y capital en la estructura orgánica del Estado, habiéndose por ley impuesto a éste [sic] un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad no es arbitraria y vulneradora de derechos fundamentales. Dicho mecanismo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su texto establece en su artículo 14º que “De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.(\*).” (Se refiere al Artículo 138º de la Constitución Política del Perú).

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas [sic] no quepa recurso de casación. (resaltado nuestro).

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.” [sic]

Por ello es que, llegado ahora el proceso de inconstitucionalidad contra una norma relacionada con la facultad otorgada a los Jueces por la Constitución –control difuso– nos da la oportunidad de analizar el precedente emitido anteriormente en un proceso de amparo. Es así que advierto que las Constituciones desde la formulación realizada por el Barón Charles Louis de Secondat de Montesquieu en su obra denominada “espíritu de las leyes”, estructuran al Estado en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. A cada uno de estos poderes le

*atribuye funciones específicas de manera que puedan asumir un rol determinado en el Estado, debiendo a la vez controlarse entre sí, lo que se denomina checks and balances (controles y contrapesos), buscando así controlar y proteger a la sociedad de los excesos que pudieran cometer éstos [sic] poderes. En tal sentido el Poder Judicial ha sido concebido como aquel poder encargado de resolver los conflictos suscitados en la realidad, otorgándosele para ello una facultad especial denominada “control difuso”. Por esta facultad se le exige a este poder la evaluación de la aplicación de una ley a la luz de los principios y valores contenidos en la Constitución. Siendo ello así el Constituyente ha considerado necesario hacer este reconocimiento expresamente a dicho poder, por la función espacialísima que realiza. Tal facultad ha sido regulada por el ordenamiento legal, quien ha buscado controlar al Juez para que no haga uso de tal facultad de manera arbitraria –principio de interdicción de la arbitrariedad–. Es en tal sentido que el control difuso ha sido otorgado a un poder del Estado con la finalidad de que cumpla su función a cabalidad, claro está, habiendo implementado mecanismos de control para tal finalidad constitucional.*

*Por ello estructurado así el Estado no se concibe que otro órgano a quien no se le ha brindado tal facultad –control difuso– goce de tal atribución con mayor amplitud, sin controles. Es en este punto en el que debo manifestar que el precedente vinculante anteriormente emitido y que también suscribí si bien extendió dicha función a órganos administrativos que también tienen como función resolver conflictos suscitados en determinado ámbito, dicha facultad de ninguna manera puede ser con mayor amplitud que la otorgada al Poder Judicial, puesto que ello sí implicaría otorgar mayor poder a los tribunales administrativos, rompiendo el principio de separación de poderes (puesto que no sólo [sic] se estaría realizando una extensión de la atribución exclusiva que otorga la Constitución al Poder Judicial – en la persona del Juez– sino que implícitamente se está colocando en una situación de superioridad a los tribunales administrativos ya que tendrían mayor libertad que los jueces para ejercer el control constitucional de las leyes vía aplicación del control difuso). Siendo así considero necesario señalar que para realizar una interpretación constitucional adecuada debe especificarse que la ampliación del control difuso a los Tribunales Administrativos está supeditada a que se implemente un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad (peligrosa y por eso la necesidad de que sea controlada) sirva para la defensa de derechos fundamentales y no para su afectación. Por ello esta oportunidad es propicia para señalar que en dicho precedente existió un vacío que puede generar un peligroso accionar por parte de la administración, pudiendo convertirse dicha facultad otorgada para brindar mayor protección a los derechos fundamentales en actos*

*arbitrarios y autónomos por parte de la administración. Asimismo estoy en desacuerdo con la ponencia presentada cuando afirma que "(...) si bien la inaplicación de un dispositivo a un caso concreto en sede administrativa carece de un mecanismo de consulta a un órgano administrativo jerárquicamente superior, no quiere decir que sus decisiones no puedan cuestionarse. La posibilidad de que el administrado pueda recurrir a la vía judicial correspondiente para impugnar las decisiones de los tribunales administrativos está siempre abierta, de acuerdo con el artículo 138º de la Constitución." [sic], puesto que de ninguna manera se puede afirmar que la aplicación de control difuso en sede administrativa puede ser revisada vía judicial, lo que supliría al mecanismo de consulta, ya que el cuestionamiento en sede judicial es independiente del mecanismo de consulta, que resulta la única forma de que un órgano jerárquicamente superior pueda controlar si la inaplicación de la norma ha sido a la luz de la Constitución o si constituye un acto arbitrario del ente administrativo. Debe tenerse presente que el Juez, quien es el encargado por la Constitución para impartir justicia, no puede encontrarse más restringido que los Tribunales Administrativos, puesto que afirmar que los tribunales administrativos tienen la facultad de aplicar control difuso sin control, significaría afirmar, primero, que los Jueces no son infalibles y los entes administrativos sí, y, segundo, brindar mayor libertad a los entes administrativos que a los Jueces.*

*Es por ello que conforme a lo expresado considero que si bien el control difuso señalado en la Constitución Política del Estado para los Jueces puede trascender hacia los Tribunales Administrativos, debe establecerse un procedimiento que permita la consulta o revisión por parte de un órgano jerárquicamente superior de manera que evalúe si la inaplicación ha sido realizada conforme a la Constitución o no, buscando de esa manera compatibilizar dicho articulado constitucional, puesto que con ello si bien se estaría extendiendo tal libertad, ésta [sic] estaría garantizado por otros mecanismos de control.*

*Es así que mientras dicho mecanismo no sea implementado, considero que a los Tribunales Administrativos se les debe imponer también, por ley, el deber de la consulta u otro mecanismo de control adecuado salvo que se trate de normas infralegales para casos en los que la disposición administrativa permite la impugnación a los propios afectados."*

8. Por lo expuesto en dicha causa –acción de inconstitucionalidad– resolví estimar la demanda de inconstitucionalidad propuesta, respecto a la aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos contra las ordenanzas municipales que tienen rango de ley, pues el control difuso es exclusivo para estos casos para los jueces del Poder

Judicial, debiéndose confirmar la sentencia en lo demás que contiene. Asimismo debo señalar que el extremo del Precedente Vinculante referido a la aplicación del control difuso contra leyes emitido por este Colegiado no podrá ser aplicado mientras los Tribunales Administrativos no implementen una instancia de control. Siendo así considero que dicho extremo del precedente que suscribí sólo *[sic]* podrá ser aplicado bajo condición de la implementación exigida en el presente voto. Por ende y en congruencia con lo manifestado por mi en el voto singular citado, me reafirmo en ello, considerando que dicho precedente no debe ser aplicado, no tanto por las razones de su emisión sino por las razones de la falta de regulación de su pertinencia, puesto que ello puede conllevar a realizar actos inconstitucionales.

9. En tal sentido como se encuentra actualmente estructurado la aplicación del control difuso para los Tribunales Administrativos considero que la ley emitida es inconstitucional puesto que le brinda a éste *[sic]* Tribunal mayores atribuciones a las establecidas en la Carta Constitucional, por ende considero que el Colegiado en esta oportunidad deje sin efecto dicho precedente pero por las razones ya expresadas en la acción de inconstitucionalidad citada.

En consecuencia mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad referida al derecho de defensa y FUNDADA la demanda de amparo en aplicación del artículo 1º del Código Procesal Constitucional a efectos de que la sala emplazada no vuelva a incurrir en los mismos actos. Asimismo DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que facultaba a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso en sede administrativa.

S.

**VERGARA GOTELLI**

### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC. En cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria.

Las razones que me respaldan para no dejar sin efecto dicho precedente son las siguientes:

1. La posición en mayoría sostiene que en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante, pues: *i)* ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, “pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso”; *ii)* tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; *iii)* no existía ningún vacío normativo ni en la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional o la Ley Orgánica del Poder Judicial u otras disposiciones; y *iv)* no se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, que socaven la primacía de ésta [*sic*] en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Asimismo, la posición en mayoría sostiene que el precedente vinculante del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC contiene tres objeciones importantes: *i)* de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que nos les corresponde ejercer tan importante función”; *ii)* no existe un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos; y *iii)* “permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional”, pues el poder Ejecutivo no puede cuestionar la ley sino “únicamente acatarla”.

## Argumentos principales que contiene el precedente vinculante sobre control difuso administrativo

3. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que algunos de los fundamentos principales para el dictado del precedente del Exp. N.º 03741-2004-AI/TC (fundamentos 15 y 16), fueron los siguientes:

(...) el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo [sic] es posible de ser realizado «(...) **garantizando los derechos** e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general» (énfasis agregado).

De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

## Argumentos a favor de no dejar sin efecto el precedente vinculante sobre control difuso administrativo

- *Argumento 1: el TC ha sostenido que el artículo 138º de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo [sic] puede ejercerlo el Poder Judicial.*
4. Tal como se aprecia en el fundamento 24 de la sentencia sobre control difuso arbitral, como en el fundamento 9 de la sentencia sobre control difuso administrativo, el Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 138º de la Constitución, que reconoce el control difuso a cargo de los jueces, no puede ser objeto de una interpretación literal. Así, refiere también que:

una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de

interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)». [Exp. N.º 03741-2004-AA/TC fundamento 8].

5. Al respecto, debo precisar que conforme a doctrina autorizada, la interpretación literal o declarativa, que atribuye a las disposiciones normativas su significado *propio*, “no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado ‘propio’, intrínseco, independiente de los usos” [Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM, 1999, pp.25-26]. Es por ello que la interpretación de las disposiciones constitucionales utiliza específicos criterios para identificar el respectivo contenido normativo, tales como los de *unidad de la Constitución* (la Norma Fundamental es un todo por lo que no se permiten interpretaciones aisladas de sus disposiciones), y de *concordancia práctica* (al realizar la actividad interpretativa debe buscarse el equilibrio o armonización entre las disposiciones que se puedan encontrar en controversia), entre otros.
6. Si el Tribunal Constitucional, en su cotidiana labor, se limitara a interpretar literalmente las normas jurídicas, no se habría podido establecer doctrina jurisprudencial vinculante tan valiosa para la defensa efectiva de los derechos fundamentales, como por ejemplo, la contenida en la sentencia del “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” (Exp. N.º 00004-2009-PA/TC), pues hasta antes de dicha sentencia, una interpretación literal de las respectivas normas procesales vigentes no hubiera permitido que el Tribunal Constitucional conozca las resoluciones expedidas en ejecución de una sentencia del propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, a efectos de “garantizar y concretizar los fines de los procesos constitucionales, el principio de dignidad de la persona humana, el principio constitucional de la cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el

derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales” (fundamento 14), el Tribunal creó jurisprudencialmente un nuevo recurso, nuevas reglas procesales e incluso sus excepciones.

7. En suma, no es incorrecta, ni arbitraria la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la que, a efectos de materializar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, ha establecido precedentes vinculantes para que los tribunales arbitrales o los tribunales administrativos nacionales puedan también ejercer el control difuso.
  - *Argumento 2: el control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa.*
8. Tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada se afirma que, en general, la interpretación de los derechos fundamentales debe ser extensiva y que la interpretación de las competencias, atribuciones o poderes del Estado debe ser estricta, expresa o literal. Sin embargo, más allá del cuestionamiento a la denominada “interpretación literal” expuesto en el apartado anterior, existen determinados poderes otorgados al Estado, específicamente a los jueces, que no han sido establecidos de forma expresa en la Constitución, sino más bien, *interpretativamente*, por los propios jueces. Así por ejemplo, el paradigmático control difuso norteamericano.
9. Al respecto, se sostiene que “la revisión judicial ha tenido fundamental importancia en el esquema constitucional estadounidense. Es en ejercicio de este poder, por ejemplo, que la Corte Suprema ha proscrito la segregación en las escuelas, las leyes sobre el aborto, y la oración en horas de clase. Sin embargo, sorprendentemente, el lector no encontrará referencia explícita alguna a la revisión judicial en la Constitución. Fueron los jueces, guiados por el espíritu de aquella, quienes hallaron la revisión judicial en sus disposiciones menos claras. Ese descubrimiento fue explicado en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison* de 1803 (...) ¿De dónde obtuvieron los jueces esa autoridad? Marshall sostuvo en primer término que era inherente a la naturaleza de una Constitución escrita. (...) las limitaciones constitucionales explícitas sobre la autoridad del Congreso no tendrían valor alguno si los jueces se vieran obligados a obedecer leyes inconstitucionales: ‘Significaría dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real, con el mismo ánimo que aparenta restringir sus poderes dentro de los límites estrechos. Significa establecer límites y declarar que esos límites pueden ser transgredidos sin restricciones’ ”. [Currie, David. *Introducción a la Constitución de Estados Unidos*. Argentina, Zavalia, 1993, pp.27 [sic] y 29].

10. Ciertamente la Constitución peruana, a diferencia de la norteamericana, establece, expresamente, el poder de los jueces de aplicar el control difuso. ¿Ello impide que el Tribunal Constitucional, mediante precedentes vinculantes y a efectos de defender la Constitución frente a leyes inconstitucionales, reconozca el control difuso administrativo a cargo de Tribunales cuasi-jurisdiccionales como son los Tribunales Administrativos Nacionales? Estimo que no, que conforme a los ya mencionados criterios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, y principalmente a la fuerza vinculante de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, resulta constitucionalmente posible conferir tal poder a dichos Tribunales Administrativos Nacionales.
  - *Argumento 3: una razón institucional. El TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo.*
11. El precedente vinculante del Exp. N.º 03741-2004-AA/TC fue publicado el 11 de octubre de 2006. Desde dicha fecha hasta la actualidad han transcurrido más de 7 años en los que la doctrina nacional se ha encontrado dividida en posiciones a favor y en contra de dicho precedente. A modo de ejemplo de una posición a favor, cabe mencionar la siguiente: “no existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un tribunal administrativo (...). Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos”, y además que “el sentido del control difuso fue justamente preservar los derechos fundamentales de los excesos del principio democrático, más allá de a quien se le encargaba esa labor. El que haya sido realizado originalmente por el Poder Judicial es, antes que una razón de lógica, un dato histórico, pertinente para una circunstancia dada y para un tipo de Estado muy simple” [BULLARD, Alfredo. “Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*, Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, 2007, pp. 43 y 51].
12. Asimismo, ya en el ámbito aplicativo administrativo, conviene mencionar; a modo de referencia, que Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de Indecopi, entre otros, fundamentan determinadas decisiones –aunque no necesariamente estimatorias y algunas veces con mejor argumentación que los órganos judiciales– utilizando como premisa normativa el

precedente vinculante del control difuso administrativo del Exp. N.º 03741-2004. En estas decisiones, además, se aprecia un reiterado y cada vez mayor pedido de ciudadanos para que se aplique el control difuso alegando afectaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, nada de esto ha sido analizado en la decisión en mayoría que considera que debe dejarse sin efecto al aludido precedente vinculante.

13. En suma, las mencionadas referencias a la doctrina y jurisprudencia administrativa que se ha generado como consecuencia del precedente vinculante del control difuso administrativo, nos dan cuenta, aunque en un corto examen, que en los Tribunales Administrativos Nacionales y en los ciudadanos se va interiorizando *progresivamente* una mayor optimización de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales ante una actuación estatal inconstitucional. Por ello, desde un punto de vista institucional, estimo que el Tribunal Constitucional no podría alegar que después de 7 años de dictado el precedente vinculante que establece el control difuso administrativo, “no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante”. Después de 7 años corresponde analizar cómo se ha venido aplicando dicho precedente, si viene cumpliendo los objetivos para los que fue establecido o si requiere alguna reforma para optimizarlo.

- *Argumento 4: los fundamentos utilizados para establecer el «control difuso administrativo» son los mismos que se utilizaron para establecer el «control difuso arbitral». Es más, éste [sic] se basó en aquél [sic].*
14. Tanto en el precedente sobre control difuso *administrativo*, como en aquel otro que dictó el propio Pleno del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00142-2011-PA/TC, sobre control difuso *arbitral* (Caso María Julia), los fundamentos que les sirvieron de base son los mismos:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; “*por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún [sic] si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla*” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

15. En suma, si el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes razones para establecer *extensivamente* el control difuso *arbitral*, entonces no existe justificación para que se deje sin efecto el control difuso *administrativo*, que precisamente, contiene las mismas razones e incluso fue el fundamento de aquel.
  - *Argumento 5: no todos son desacuerdos. El problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo.*
16. Tanto en la decisión en mayoría, como en el respectivo fundamento de voto, mis colegas ha identificado satisfactoriamente un problema en el diseño del control difuso administrativo, el mismo que alude a la inexistencia de un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Tienen toda la razón. Si incluso los jueces del Poder Judicial, cuando aplican el control difuso, deben elevar en consulta el caso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, por qué no sucede lo mismo en el control difuso administrativo, cuando por ejemplo las partes no han impugnado judicialmente la respectiva decisión administrativa. Es indispensable que la decisión administrativa de aplicar dicho precedente debe ser controlada judicialmente.
17. En lo que difiero respetuosamente de mis colegas, es en la solución a dicho problema. Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Por los argumentos expuestos, estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC, y en cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria que declara INFUNDADA la demanda en cuanto a la afectación del derecho de defensa, FUNDADA en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; y establece que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la aludida afectación.

S.

**URVIOLA HANI**

### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Conforme a lo señalado por este Colegiado en la STC N.º 00014-2009-PI/TC, cuando la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (Cfr. Fundamento N.º 25). En tal sentido, el cambio de precedente no enerva en modo alguno las competencias de dicha entidad sobre eliminación de este tipo de barreras.

S.

**ÁLVAREZ MIRANDA**



# [ Índice ]

Prólogo.....	5
Presentación .....	29
Resolución Ministerial .....	31
Guía del Lector .....	33
Principio del servidor público .....	35
Abreviatura y siglas .....	37

## PRECEDENTES VINCULANTES EMITIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TOMO I)

### PRIMERA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**Año 2005**

**637**

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **EXP. Nº 3760-2004-AA/TC**

Caso: Gastón Ortiz Acha (Inhabilitación Política) ..... 41

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **EXP. Nº 2302-2003-AA/TC**

Caso: Inversiones Dreams\* S.A. (Agotamiento de la vía previa en materia tributaria) ..... 49

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **EXP. Nº 1150-2004-AA/TC**

Caso: Banco de la Nación (Procesos Constitucionales entre entidades de derecho público. Derecho de Defensa) ..... 66

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

##### **EXP. Nº 2791-2005-PA/TC**

Caso: Julio Soverón Márquez (Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos) ..... 71

\* En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional; se lee: "DREAMS"; debiendo decir: "DREAM".

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 3482-2005-PHC/TC**

Caso: Luis Augusto Brain Delgado (Libertad de tránsito. Bien Jurídico seguridad ciudadana) ..... 76

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 349-2004-AA/TC**

Caso: María Elena Cotrina Aguilar (Libertad de tránsito. Bien Jurídico seguridad ciudadana) ..... 88

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 3361-2004-AA/TC**

Caso: Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva) ..... 100

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 0168-2005-PC/TC**

Caso: Maximiliano Villanueva Valverde (Procedencia del proceso de cumplimiento) ..... 136

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 5854-2005-PA/TC**

Caso: Pedro Andrés Lizana Puelles (Amparo Electoral) ..... 146

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 2802-2005-PA/TC**

Caso: Julia Benavides García (Libertad de empresa. Amparo en materia municipal) ..... 173

**Año 2006****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 1333-2006-PA/TC**

Caso: Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados - reingreso a la carrera judicial) ..... 181

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 2877-2005-PHC/TC**

Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional)  
(Ley 23098. Pensión mínima o inicial) ..... 320

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****EXP. Nº 0030-2005-PI/TC**

Caso: Ley de la Barrera Electoral (Límites a las sentencias manipulativas) ..... 359

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 3362-2004-AA/TC**

Caso: Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación) ..... 408

**Año 2007**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 4853-2004-PA/TC**

Caso: Dirección General de Pesquería de La Libertad (Amparo contra amparo. Recurso de Agravio Constitucional) ..... 441

**Año 2008**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 00061-2008-PA/TC**

Caso: Rimac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) ..... 463

**Año 2009**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 04650-2007-PA/TC**

Caso: Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima LTDA." (Amparo contra amparo) ..... 475

**Año 2010**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 00001-2010-CC/TC**

Caso: Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación del Presidente de la República contra el Poder Judicial ..... 488

**Año 2011**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. Nº 00142-2011-PA/TC**

Caso: Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Amparo Arbitral) ..... 503

**Año 2014**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 00987-2014-PA/TC**

Caso: Francisca Lilia Vásquez Romero (precedente vinculante a fin de propiciar la mejor solución de procesos que requieren una real tutela de urgencia) .....

524

**Año 2015**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 04968-2014-PHC/TC**

Caso: Luciano López Flores a favor de Alejandro Toledo Manrique (reglas en el ámbito de las comisiones investigadoras del Congreso de la República) .....

536

**SEGUNDA PARTE:  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Año 2005**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 1966-2005-PHC/TC**

Caso: César Augusto Lozano Ormeño (Responsabilidad del ente administrador) .....

583

**Año 2006**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 3075-2006-PA/TC**

Caso: Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger (Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa) .....

590

**Año 2014**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**EXP. N° 4293-2012-PA/TC**

Caso: Consorcio Requena (deja sin efecto precedente vinculante STC 3741-2004-PS/TC, sobre control difuso administrativo) .....

600

Impreso en los talleres gráficos de  
**Litho&Arte SAC**  
Jr. Iquique 046 - Breña  
Teléfono: 3321989  
[ventas@lithoarte.com](mailto:ventas@lithoarte.com)



Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico  
Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión  
[www.minjus.gob.pe](http://www.minjus.gob.pe)

ISBN: 978-612-4225-21-5

