

ANEXOS

**LOS PRECEDENTES VINCULANTES
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN
MATERIA DE AMPARO**

LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AMPARO

1. **STC N° 3760-2004-AA, Caso Gastón Ortiz Acha** (Inhabilitación Política)
2. **STC N° 1150-2004-AA, Caso Banco de la Nación** (Procesos Constitucionales entre entidades de Derecho Público. Derecho de Defensa)
3. **STC N° 2791-2005-PA, Caso Julio Soberon Márquez** (Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos)
4. **STC N° 2302-2003-AA, Caso Inversiones Dreams S.A.** (Agotamiento de la vía previa en materia tributaria)
5. **STC N° 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández** (Amparo Provisional. Contenido esencial del Derecho a la pensión)
6. **STC N° 349-2004-PA, Caso María Contrina Aguilar** (Libertad de Transito. Bien Jurídico Seguridad Ciudadana)
7. **STC N° 5854-2005-PA, Caso Pedro Lizana Puelles (Amparo Electoral)**
8. **STC N° 2802-2005-PA, Caso Julia Benavides García**(Libertad de empresa. Amparo en materia municipal)

9. **STC N° 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores (Procedencia de amparo electoral)**
10. **STC N° 3361-2004-AA, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva)**
11. **STC N° 4677-2004-PA, Caso Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP (Derecho de reunión)**
12. **STC N° 4227-2005-PA, Caso Royal Gaming S.A.C. (Impuesto Casinos y Tragamonedas)**
13. **STC N° 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala (Jornada trabajadores mineros. Jornadas atípicas)**
14. **STC N° 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial)**
15. **STC N° 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23098. Pensión mínima o inicial)**
16. **STC N° 3075-2006-PA, Caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger (Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa)**
17. **STC N° 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación)**
18. **STC N° 3741-2004-AA, Caso Ramón Salazar Yarlénque (Control difuso administrativo. Precedente vinculante y doctrina jurisprudencial)**
19. **STC N° 1333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados – reingreso a la carrera judicial)**
20. **STC N° 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP – Bono de reconocimiento)**
21. **STC N° 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP's)**

22. **STC N° 4853-2004-PA, Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad (Amparo contra amparo. Recurso de Agravio Constitucional)**
23. **STC N° 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional)**
24. **STC N° 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790)**
25. **STC N° 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo)**
26. **STC N° 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses)**
27. **STC N° 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones)**
28. **STC N° 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández**
29. **STC N° 04650-2007-AA, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima LTDA.” (Amparo contra amparo)**
30. **STC N° 05961-2009-AA, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. (autos usados)**
31. **STC N° 03052-2009-PA, Cobro de Beneficios Sociales y Reposición.**
32. **STC N° 03908-2007-AA, (Caso Provias Nacional).**
33. **STC N° 00142-2011-PA, Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda María Julia (Amparo contra Laudos)**

Arbitrales).

34. STC N° 00001-2010-CC/TC.

Nota: Se incluye este precedente vinculante, expedido en un proceso competencial, debido a su relevancia y por guardar conexión con los procesos de amparo (Ref. STC N° 05691-2009, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. Autos Usados).

1. STC N° 3760-2004-AA, CASO GASTÓN ORTIZ ACHA

Nro. de STC	3760-2004-AA
Órgano emisor	Pleno
Demandante	Gastón ORTIZ ACHA, a favor de Alberto FUJIMORI FUJIMORI
Demandado	Congreso de la República 18 de febrero del 2005
Fecha de Publicación en la Página Web	26 de febrero del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	En el fundamento 28 se establece que “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”. Sin embargo, no especifica qué partes de la sentencia tienen tales efectos. En la sección resolutive se establece que los fundamentos 8, 21 y 22 forman “parte del fallo”, por lo que han sido los fundamentos considerados para elaborar la presente ficha.
Fundamentos Vinculantes	<ol style="list-style-type: none"> 1. Plenos efectos de la Resolución Legislativa N° 18-2000-CR, sobre inhabilitación al ex presidente Alberto Fujimori (fundamento 8). 2. Alcances de la prohibición al ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, para ocupar algún cargo público (fundamento 22).

Contenido del Precedente	3. La inhabilitación temporal hasta diez años para ocupar un puesto público no afecta el contenido constitucionalmente protegido de los derechos políticos (fundamento 21).
	Infundada
	Inmediata
Fallo Aplicación en el Tiempo Notas	1. Hubo dos casos con la misma pretensión (STC 3238-2004-AA y STC 2791-2005-AA), resueltos por la Sala Segunda y Sala Primera del Tribunal Constitucional, respectivamente. En la segunda sentencia (STC 2791-2005-AA), la Sala Primera se pronunció sobre un tema adicional, relacionado con el uso de los medios de comunicación estatales en período no electoral. En la aclaración respectiva señaló, de forma general, que los alcances de esta sentencia tenían efecto vinculante, de conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

EXP. N° 3760-2004-AA/TC
LIMA
GASTÓN 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° 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 33° de la Constitución el ejercicio de la ciudadanía sólo puede suspenderse mediante sentencia judicial condenatoria con inhabilitación de derechos políticos.

Alega que la referida resolución carece de sustento jurídico, toda vez que mediante Resolución Legislativa N° 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 100° de la Constitución, dicha sanción se aplica a determinados funcionarios señalados en el artículo 99° de la Constitución, entre los cuales se 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 44° 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 37° de la Ley N° 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 26° de la Ley N° 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° 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 38° y 118° inciso 1) de la Constitución e incumplimiento de la Ley N° 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 45° y 97° 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 38° y 118° y en la comisión de delitos tipificados en los artículos 377° y 380° del Código Penal .
8. El Pleno del Congreso de la República, con el informe de la Comisión Investigadora y conforme a los mandatos de los artículos 99° y 100° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N° 018-2000-CR, de fecha 23 de febrero de 2001, inhabilitando a don Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente de la República, para el ejercicio de toda función pública por diez años.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que mientras no sea derogada por el Congreso, o declarada la inconstitucionalidad de dicha Resolución Legislativa, esta 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° 0-009-2000-CR ya se había declarado la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, no podía ser pasible de inhabilitación.
10. Este Colegiado considera que, si bien es cierto constituye un requisito indispensable para ser pasible de la sanción de inhabilitación, prevista en el artículo 100° de la Constitución, el ser uno de los funcionarios previstos en el artículo 99° de la Constitución, ello no implica, necesariamente, que el funcionario acusado deba encontrarse en ejercicio de sus funciones, sino que los delitos de función y la infracción constitucional que son materia de acusación hayan tenido lugar con ocasión de haber ocupado el cargo público.

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

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

11. El ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori tiene la calidad de inculpado en numerosos procesos penales y se ha solicitado, en alguno de ellos, su extradición judicial. Debe retornar al Perú no solo 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° 018-2000-CR: Régimen constitucional y reglamentario

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

5. Contenido de la inhabilitación política

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

precisamente por su naturaleza, a la *inhabilitación penal* (prevista en el artículo 36° del Código Penal) y a la *inhabilitación administrativa* (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159° de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

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

6. Alcances y efectos de la inhabilitación política

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

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

22. La Resolución Legislativa N° 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 actúen 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 solo 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° 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los artículos 99° y 100° de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia.
27. En efecto, mediante Resolución aclaratoria de fecha 9 de diciembre de 2003 este Tribunal precisó que no es posible deducir que la aplicación en el pasado de los artículos 99° y 100° de la Constitución en un sentido distinto a los criterios expuestos en la referida sentencia, sea inconstitucional, puesto que dicha aplicación, *strictu sensu*, no era contraria a ninguna de las disposiciones constitucionales.

Tal como lo señaló este Tribunal “Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99° y 100° de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de 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°s 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**

2. STC N.° 1150-2004-AA, CASO BANCO DE LA NACIÓN

Nro. de STC	1150-2004-AA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	BANCO DE LA NACIÓN
Demandado	EsSalud y la titular del Quincuagésimo Segundo Juzgado “A” Civil Corporativo de Lima
Fecha de Publicación en la Página Web	3 de mayo del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	No se ha encontrado información
Fundamentos Vinculantes	1, 5 y 6
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia del amparo presentado por una entidad estatal contra otra, de acuerdo a la legislación anterior al Código Procesal Constitucional (fundamento 1). 2. Necesidad de emplazar a una entidad en un proceso judicial y de que exista sentencia firme para obligarla al pago de intereses (fundamento 5). 3. Alcances del derecho de defensa (fundamento 6).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. La precisión sobre los fundamentos que constituyen precedente se encuentra en el fundamento 9 y no en la parte resolutive.

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° 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°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° 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° 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 aun 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 solo la restitución de los fondos embargados, sino también el pago de los intereses que considera se han devengado en su favor. La resolución aludida no es consecuencia de la sentencia dictada en tales autos, razón por la cual el Banco de la Nación ha impugnado la obligación de pago que se le exige.
5. Este Colegiado considera que la obligación de pago de intereses exigido por el IPSS, actualmente ESSALUD, debe ser necesariamente materia de un proceso en el que sea debidamente emplazado el Banco de la Nación y en el que se determine, mediante sentencia firme, la procedencia de dicha obligación.
6. Uno de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución. El Tribunal ha declarado que “El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho” (STC 071-2002-AA/TC), y que “Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de indefensión” (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pretensión.

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

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, nula la resolución Nº 581, de fecha 28 de diciembre de 2001, y nulo todo lo actuado respecto a la liquidación y pago de intereses a cargo del Banco de la Nación, dejando a salvo el derecho que pueda corresponder a EsSalud para que lo haga valer conforme a ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

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

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAGDIEL GONZALES OJEDA

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

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

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

S.
GONZALES OJEDA

3. STC N° 2791-2005-PA CASO JULIO SOBERÓN MÁRQUEZ Y GASTÓN ORTIZ ACHA A FAVOR DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Nro. de STC	2791-2005-PA
Órgano Emisor	Sala Primera
Demandante	Julio SOBERÓN MÁRQUEZ y Gastón ORTIZ ACHA a favor de Alberto FUJIMORI FUJIMORI
Demandado	Congreso de la República
Fecha de Publicación en la Página Web	16 de agosto del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	No se ha encontrado información
Fundamentos Vinculantes	Todos
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. La inhabilitación política no puede extenderse más allá de lo dispuesto por la Constitución (fundamento 4) 2. Acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general (fundamento 5) 3. Fines y objetivos de los partidos políticos (fundamento 6) 4. La inhabilitación política no impide que se pueda ejercer el derecho constitucional a la libertad de expresión (fundamento 7)
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	En la Resolución de Aclaración N° 2791-05-PA se señaló en el fundamento 3 que de manera involuntaria se había omitido establecer en la sentencia que, de acuerdo al Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene efectos jurídicos vinculantes

EXP. N.º 2791-2005-PA/TC
LIMA
JULIO SOBERÓN
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 Soberón 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° 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° de la Constitución Política, omisión que vulnera derecho constitucional a un debido proceso.

El Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 16 de junio 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° de la Ley N° 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°s 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° 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° 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 ha vulnerado su derecho de defensa y al debido proceso.
3. Sin perjuicio de lo antes señalado, debe reiterarse que la Resolución Legislativa N° 018-2000-CR ha sido expedida por el Congreso de la República de conformidad con el artículo 100° 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° 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° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por Resolución Legislativa N° 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° 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° 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° 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° 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°). 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 una 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 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. El artículo 41° de la Ley N° 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° 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° 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° 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

4. STC N° 2302-2003-AA, CASO INVERSIONES DREAMS S.A.

Nro. de STC	2302-2003-AA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	INVERSIONES DREAMS S.A.
Demandado	Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)
Fecha de Publicación en la Página Web	30 de junio del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	No se ha encontrado información
Fundamentos Vinculantes	5 al 9
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Exigibilidad del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (fundamentos 5 y 6). 2. Excepción a la exigibilidad del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo contra la aplicación de normas reglamentarias (fundamento 7). 3. Carácter autoaplicativo del Decreto Supremo N° 158-99-EF (fundamentos 8 y 9). 4. Excepción del agotamiento de la vía previa en los procesos de amparo relacionados con el Decreto Supremo N° 158-99-EF (fundamento 9).
Fallo	Fundada en parte

Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Se produce un cambio de jurisprudencia sobre la exigibilidad del agotamiento de la vía previa respecto a normas reglamentarias (fundamentos 5 y 6). 2. La norma reglamentaria que originó la presente controversia estaba relacionada con el impuesto a los juegos de azar y apuestas. 3. Si bien en la parte resolutive el Tribunal señala que está estableciendo un precedente vinculante, no hace mención expresa al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

**EXPEDIENTE N° 2302-2003-AA/TC
INVERSIONES DREAMS S.A.
LIMA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

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

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 17 de septiembre de 2001, la recurrente interpone acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Superintendencia Nacional de Aduanas - Lima y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), por considerar que se vienen vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no

confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad; y, en consecuencia, solicita que se declaren inaplicables a su caso los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo N° 776, referido al Impuesto a los Juegos; y, el artículo 9° inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas.

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

2. Contestación de la demanda

La Municipalidad Distrital de Jesús María contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada o improcedente, aduciendo que las supuestas violaciones de los derechos fundamentales invocados han caducado, agregando que el petitorio de la demanda no es claro, ya que algunos artículos cuestionados han sido derogados y otros modificados por las Leyes N°s 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 meritar mayores elementos de juicio.

4. Resolución de segunda instancia

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

III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

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

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

- (e) la carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos.
- (f) los alcances del principio de reserva de ley.
- (g) Si, en el caso del inciso a) del artículo 9º del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, se ha vulnerado el principio de reserva de ley, al establecer la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo.

IV. FUNDAMENTOS**A. SOBRE LA CUESTIÓN DE PROCEDENCIA**

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

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

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

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

Contrariamente al criterio precedente, en la STC 1266-2001-AA/TC, – donde también se cuestionaba la aplicación del inciso a) del Decreto Supremo 095-96-EF– se señaló: “..el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal – a cuyo amparo se realizó el acto reclamado–, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma *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, 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 solo puede desarrollar la ley más no trasgredirla ni desnaturalizarla. En estos casos, de extralimitar el contenido de una ley, no cabe duda que, un órgano administrativo como el Tribunal Fiscal, se encuentra plenamente facultado para pronunciarse al respecto, más aun 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, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar

derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aun, 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, aun cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación de cobranza del impuesto...*”.

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

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

B. SOBRE LOS ASPECTOS MATERIALES DE LA DEMANDA

10. El petitorio de la demanda es que se declare inaplicables a su caso, los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo 776, referido al Impuesto a los Juegos; así como, el inciso a) del artículo 9 del Decreto Supremo 095-96-EF, referido al Impuesto Selectivo al Consumo de los juegos de azar y apuestas, porque en conjunto son confiscatorios en su caso, y, porque el último al vulnerar el principio de legalidad en materia tributaria estableciendo la tasa del impuesto mediante Decreto Supremo, afecta sus derechos como contribuyente.

11. En ese sentido, una vez desvirtuada la cuestión de forma y establecido el criterio aplicable, corresponde efectuar el análisis sobre la supuesta afectación a los derechos constitucionales a la propiedad, a la no confiscatoriedad y el respeto al principio de legalidad en materia tributaria, invocados por el recurrente.

El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria según el artículo 74° de la Constitución

12. El artículo 74° de la Constitución Peruana, establece como uno de los límites al ejercicio de la potestad tributaria, el principio de no confiscatoriedad de los tributos. Este principio constitucional, ha adquirido contenido a través de nuestra jurisprudencia, mediante la cual, hemos señalado que “ (...) *se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica*” (STC N° 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° 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 solo 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 una misma actividad comercial, señalando además, que en el ejercicio 2000/2001, este hecho les ha generado pérdidas, como se advierte del estado de ganancias y pérdidas que adjuntan, como medio probatorio a fojas 78. Refieren, que al ser gravados por el Impuesto a los Juegos (administrado por la Municipalidad), y, el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la SUNAT), se encuentran tributando dos veces por la misma actividad, convirtiendo en deficitaria su actividad comercial.

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

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

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

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

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

Ya nos hemos pronunciado al respecto cuando indicamos que: *“...Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas”* (Fd. 2, STC 009-2001-AI/TC).

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

19. Ahora bien, ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura *por 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 y de la repartición de utilidades a los trabajadores debido a la doble tributación a los juegos.

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

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

La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos

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

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

22. En efecto, a fojas 78, la empresa demandante anexa como medio probatorio para demostrar la confiscatoriedad en su caso, “un estado de ganancias y pérdidas comparativo” elaborado por la propia empresa, bajo la responsabilidad del contador Marco Quintana, quien firma y da valor al documento.

23. A nuestro juicio, el referido documento no puede ser admitido de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad de tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente, pues restan imparcialidad a lo declarado, en todo caso, están sujetos a revisión. Este es justamente el criterio bajo el cual, este Tribunal desestima como elementos probatorios válidos, las declaraciones juradas.

24. Adicionalmente y con mayor gravedad, el referido documento únicamente se limita a indicar cifras, pero no certifica la certeza de las mismas, ni demuestra en realidad a cuánto ascienden los gastos de la empresa, pues para que ello quede fehacientemente acreditado, no basta con su mera alegación sino que deben adjuntarse los documentos que acredite la manera cómo 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*^[1].

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^[2].

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

26. La razón expuesta, constituye una adicional, que a nuestro juicio afianza la necesidad de mayores pruebas en estos casos, lo cual, desde ya, resulta dificultoso para un proceso sumario como es el amparo, que carece de etapa probatoria. Ello, más aún, porque consideramos que una

excepción a esta regla en los impuestos indirectos, sería la demostración de que en el caso del contribuyente, el impuesto no fue trasladado, es decir, que él asumió la carga del mismo, y, además, siendo así, le trajo perjuicios a la economía de la empresa, lo cual, claro está, debe ser acreditado.

27. En consecuencia, si bien es cierto que el Código Procesal Constitucional (artículo 9) ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, también lo es que prevé la procedencia de medios probatorios que no requieren actuación y de los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso.

Sin embargo, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos.

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

Los alcances del principio de reserva de ley en materia tributaria

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

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

30. En efecto, los jueces de primera y segunda instancia han obviado pronunciarse en este extremo. Sobre el particular debe señalarse que la tutela judicial efectiva (artículo 139, inciso 3), no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también a que los Tribunales resuelvan sobre las pretensiones ante ellos formuladas^[3]. Se parte, pues, del principio de

congruencia judicial, que exige al juez que, al pronunciarse sobre una causa, no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso a resolver.

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

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

31. El primer párrafo del artículo 74° de la Constitución establece que «*los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, 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, solo por ley, de ciertas materias.

Así, «mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no solo 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 solo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora»^[4].

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

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

Así, conforme se establece en el artículo 74° de la Constitución, la reserva de ley, es ante todo una *cláusula de salvaguarda* frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos^[5].

35. 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 solo puede realizarlo mediante decreto legislativo.

36. Ahora bien, respecto a los alcances de este principio, hemos señalado que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. Asimismo, sostuvimos que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

La regulación del hecho imponible en abstracto –que requiere la máxima observancia del principio de legalidad–, comprende la descripción del hecho gravado (aspecto material), el sujeto acreedor y deudor del tributo (aspecto personal), el momento del nacimiento de la obligación tributaria (aspecto temporal), y el lugar de su acaecimiento (aspecto espacial). (STC 2762-2002-AA/TC, y, STC 3303-2003-AA/TC).

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

En aquella oportunidad se amparó la demanda, dejándose sin efecto los actos concretos de aplicación que hayan derivado del Decreto Supremo irregular. Este es el criterio que corresponde aplicar en el presente caso, y, en consecuencia, dejar sin efecto aquellas cobranzas que constan en

autos y que hayan sido derivadas de los efectos de la aplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas.

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

V. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la confiscatoriedad por doble imposición en el caso del Impuesto a los Juegos y el Impuesto Selectivo a los Juegos de Azar y Apuestas, conforme a los fundamentos 21 al 28.
2. Declarar **FUNDADO** el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos.
3. Establézcase el precedente vinculante respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, según lo señalado en los fundamentos 5 al 9. En consecuencia: a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo- directamente contraría 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**

- [1] GARCÍA BELSUNCE, Horacio. *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1994. p. 251.
- [2] CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. Derecho Tributario I (parte General)*. Madrid: Civitas. p. 92.
- [3] DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "Reflexiones sobre algunas facetas del derecho dentro de esta línea de acción, fundamental a la tutela judicial efectiva". En: *Cuadernos de Derecho Público*, mayo-agosto, INAP, 2000. p. 23.
- [4] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 69.
- [5] ALGUACIL MARI, Pilar. *Discrecionalidad técnica y comprobación tributaria de valores*. Valencia: Diálogo S.L. p. 27.

5. STC N° 1417-2005-PA, CASO MANUEL ANICAMA HERNÁNDEZ

Nro. de STC	1417-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Manuel ANICAMA HERNÁNDEZ
Demandado	Oficina de Normalización Previsional (ONP)
Fecha de Publicación en la Página Web	12 de julio del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	12 de julio del 2005
Fundamentos Vinculantes	37 y 54 a 58
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia del amparo en materia pensionaria / Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.a, 37.b, 37.c, 37.d y 37.e). 2. Improcedencia del amparo en materia pensionaria / Contenido no constitucionalmente protegido del derecho a la pensión (fundamentos 37.c, 37.f y 37.g). 3. Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite relacionados con pensiones y que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 54 a 58).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata

Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. En el punto resolutivo 4 se invoca el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para sustentar el precedente contenido en el fundamento 37. En el caso de los fundamentos 54 a 58, sobre reglas procesales para aplicar el precedente a los expedientes en trámite, no se hace referencia al citado artículo VII pero se menciona que son vinculantes (punto resolutivo 5). 2. En el punto resolutivo 4 de la sentencia del caso Baylón, se señala que los fundamentos 53, 60 y 61 del caso Anicama son “vinculantes para los jueces”. El fundamento 5 3 es una cita a la ley que regula el proceso contencioso administrativo (Ley N° 2758 sobre la competencia territorial para conocer estos procesos. 4. El fundamento 60 se relaciona con la jurisprudencia del Tribunal en materia pensionaria, que deberá ser observada por los jueces que conozcan estos casos en vías diferentes al amparo. El fundamento 61 es una exhortación al Poder Judicial para crear más juzgados en lo contencioso-administrativo.
--------------	--

PRECEDENTE VINCULANTE

COMENTARIO

En este precedente vinculante –Caso Anicama Hernández– el Tribunal Constitucional delimita los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones. I, que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión de jubilación o estar directamente relacionados a el, merecen protección a través del proceso de amparo. Así se precisa que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente. Igualmente, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Manuel Anicama Hernández contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, de fojas 148, su fecha 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), con el objeto que se declare la nulidad de la Resolución N° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por considerar que vulnera su derecho fundamental a la pensión, toda vez que resolvió denegar la solicitud de pensión de jubilación adelantada.

Manifiesta que cesó en sus actividades laborales el 25 de mayo de 1992 contando con más de 20 años de aportaciones, luego de que la Autoridad Administrativa de Trabajo autorizó a su empresa empleadora a reducir personal: sin embargo, al calificar su solicitud de pensión de jubilación, la entidad demandada consideró que las aportaciones efectuadas durante los años 1964 y 1965 habían perdido validez conforme al Reglamento de la Ley N° 13640, por lo que incluso si

realizara la verificación de las aportaciones efectuadas desde 1973 a 1992 no reuniría los 20 años de aportación al Sistema Nacional de Pensiones que se requieren como mínimo para obtener el derecho a pensión de jubilación por reducción de personal. Agrega que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que los períodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus períodos de aportaciones, acredita los exigidos por la legislación vigente, razón por la que se solicita el reconocimiento de su derecho a la pensión así como los devengados e intereses generados desde la vulneración de su derecho fundamental.

La demandada deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de caducidad, y solicita que se declare improcedente la demanda, por considerar que la vía del amparo no es la adecuada para dilucidar la pretensión del recurrente, siendo necesario acudir a la vía judicial ordinaria donde existe una estación probatoria.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 8 de enero de 2003, declaró fundada la demanda en el extremo en que se solicita la validez de las aportaciones efectuadas en los años 1964 y 1965, ordenando su reconocimiento y la verificación del periodo de aportaciones de 1973 a 1992, respecto del cual no se ha emitido pronunciamiento administrativo.

La recurrida reformó la apelada improcedente por estimar que es necesario que la pretensión se ventile en la vía judicial ordinaria, toda vez que el proceso de amparo carece de estación probatoria.

FUNDAMENTOS

1. El inciso 2) del artículo 200° de la Constitución establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el habeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el habeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

\$1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende:

“Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad

humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todos sus potenciales. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica” (Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37).

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es de su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).

3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio- derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.
4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales que sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “nuestra, Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una enumeración abierta de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentran vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (STC 2488-2002-HT/TC Fundamentos 13 a 15).

Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente.

6. Por su parte, los derechos fundamentales, como objetivo de autonomía moral, sirven para:”designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenios internacionales”(Pérez Luño, Antonio. Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución. 4ta. Ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 31).
7. A lo cual cabe agregar que, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

§2. Proceso de amparo y derechos fundamentales

8. Reconocer que el proceso de amparo solo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto de omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPConst), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5º que los procesos constitucionales no proceden cuando: “los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, establece que este 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”.

Es estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del Código Procesal Constitucional no ha incorporado al ordenamiento jurídico una nueva regla de procedencia para los procesos constitucionales de la libertad. Tan solo ha precisado legislativamente determinados presupuestos procesales que son inherentes a su naturaleza. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el habeas corpus, el amparo y el hábeas data, solo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Sin embargo, es preciso que este Tribunal analice, de un lado, el sustento constitucional directo del derecho invocado, y de otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho, como presupuestos procesales del proceso de amparo.

§2.1. Los derechos de sustento constitucional directo

9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, 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 derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79º del Código Procesal Constitucional, establezca que: “para apreciar su validez constitucional de las normas del Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

10. Un derecho tiene un 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 más abierta a la más precisa, orrespondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

§2.2. Los derechos fundamentales de configuración legal

11. La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales da lugar a que estas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976- 2001-AA. Fundamento 11y ss.) o en de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido per se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho.

En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

§2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no solo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativa, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC), que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución al establecer que:

“Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos que se aplican progresivamente”.

14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por este.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica solo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que se hace alusión la UDFT de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esta perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44° de la Constitución, no solo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también “Promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”

16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que

los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena eficacia de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.
18. Debe recordarse que: “toda política pública nace de obligaciones concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social.

Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (Morón Díaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668). (...).

En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, sin vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la ratio fundamentalis no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizado con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.

\$2.4 El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero: “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales” (La vulneración negativa del legislador a los derechos fundamentales Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41.)
21. Así las cosas, 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 solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de este resultan admisibles, forman una unidad (Haberle, Meter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117); por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional, de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto.

22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental.

\$2.5 La estructura de los derechos fundamentales: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental.

23. Tal como expresa Bernal Pulido, siguiendo la doctrina que Robert Alexy expone, en su Teoría de los derechos fundamentales. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

“Todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 76).

De esta forma cabe distinguir entre las disposiciones de derecho fundamental, las normas de derecho fundamental y las posiciones de derecho fundamental.

24. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las disposiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad.
25. Tal como lo refiere el mismo Bernal Pulido: “Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (...) presentan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”. (Op. cit. pág.80. Un criterio similar. Cfr. Alexy, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático, D&L,

Nro. 8,2000. pág. 12 y ss).

Por ello, cabe afirmar que las posiciones de derecho fundamental, son los derechos fundamentales en sentido estricto, pues son los concretos atributos que la persona humana ostenta al amparo de las normas (sentidos interpretativos) válidas derivadas directamente de las disposiciones contenidas en la Constitución que reconocen derechos.

26. Estos atributos que, como se ha dicho, vinculan a todas las personas y que, por tanto, pueden ser exigidas al sujeto pasivo, se presentan en una relación jurídica sustancial, susceptibles de ser proyectadas en una relación jurídica procesal en forma de pretensiones al interior de los procesos constitucionales de la libertad (sea el amparo, el habeas corpus o el habeas data).
27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias.

1. A que dicha pretensión sea válida, o, dicho de otro modo, a que sea consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho.

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución, pretenda que se reconozca como legítimo el insulto proferido contra una persona, pues se estaría vulnerando el contenido protegido por el derecho constitucional a la buena reputación, reconocido en el inciso 7º del mismo artículo de la Constitución.

En consecuencia, la demanda de amparo que so pretexto de ejercer el derecho a la libertad de expresión pretenda el reconocimiento de la validez de dicha pretensión, será declarada infundada, pues ella no forma parte del contenido constitucionalmente protegido por tal derecho; o, dicho de otro modo, se fundamenta en una norma inválida atribuida a la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 2º constitucional.

2. A que en los casos de pretensiones validas, estas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. En otras palabras, una demanda planteada en un proceso constitucional de la libertad, resultará procedente toda vez que la protección de la esfera subjetiva que se aduzca violada pertenezca al contenido esencial del derecho fundamental o tenga una relación directa con el. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales de la libertad son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino solo aquellos reconocidos por el Poder Constituyente en su creación; a saber, la Constitución.

En consecuencia, si bien el legislador es competente para crear derechos subjetivos a través de la ley, empero, la protección jurisdiccional de éstos debe verificarse en los procesos ordinarios. Mientras que, por imperio del artículo 200º de la Constitución y del artículo 38º del Código Procesal Constitucional, a los procesos constitucionales de la libertad es privativa la protección de los derechos de sustento constitucional directo.

Lo expuesto no podría ser interpretado en el sentido de que los derechos fundamentales de configuración legal, carezcan de protección a través del amparo constitucional, pues resulta claro, en virtud de lo expuesto en el Fundamento 11 y ss. supra, que las posiciones subjetivas previstas en la ley que concretizan el contenido esencial de los derechos fundamentales, o los ámbitos a el directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que prima facie las disposiciones jurídicas que se deriven válidamente de la ley y no directamente del contenido esencial de un derecho fundamental, no son susceptibles de ser estimados en el proceso de amparo constitucional, pues ello implicaría pretender otorgar protección mediante los procesos constitucionales a derechos que carecen de un sustento constitucional directo, que conllevaría a su desnaturalización.

Y si bien la distinción concreta entre aquello regulado por la ley que forma parte de la delimitación del contenido directamente protegido por un derecho fundamental y aquello que carece de relevancia constitucional directa no es una tarea sencilla, los criterios de interpretación que sirvan a tal cometido deberán encontrarse inspirados, en última instancia, en el principio-derecho de dignidad humana, pues, como ha señalado Ingo Von Munch, si bien resulta sumamente difícil determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad humana. “Manifiestamente si es posible fijar cuándo se le está vulnerando” (Von Munich, Ingo. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 2, Nro. 5, mayo – agosto, 1982, pág. 21).

\$3. La garantía institucional de la seguridad social

28. El artículo 10º de la Constitución reconoce: “el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Por su parte, el artículo 11º constitucional, estipula la obligación del Estado de garantizar y supervisar eficazmente el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

29. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento 54 de la STC 0050-2004-AI/0004-2005-AI/0009-2005-AI (acumulados)

“La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado-por imperio del artículo 10 de la Constitución-al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida”.

La seguridad social: “es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido

axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones” (STC 0011-2002-AI. Fundamento 14).

30. Su condición de sistema institucionalizado imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.

El Tribunal Constitucional español, en criterio *mutatis mutandis* aplicable al contexto constitucional peruano, ha señalado que la seguridad social es la garantía institucional “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador (...), de tal suerte que ha de preservado en términos reconocibles para la imagen de que la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 37/1994. Fundamento 3).

\$4. El derecho fundamental a la pensión

31. Tal como se ha precisado, los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Fundamental, no se agotan en aquellos enumerados en su artículo 2º, pues además de los derechos implícitos, dicha condición es atribuible a otros derechos reconocidos en la propia Constitución. Tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión, contemplados en el artículo 11º, y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 10º.
32. El Tribunal Constitucional ha referido que el derecho fundamental a la pensión “tiene la naturaleza de derecho social –de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial”. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada una formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección- negativas- y de garantía y promoción- positivas- por parte del Estado.” (STC 0050-2004-AI/0051-2004-AI/0004-2005-AI/0007-2005-AI/0009-2005-AI; acumulados. Fundamento 74).

“Este derecho es una concreción del derecho a la vida, en su sentido material, en atención al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y al telos constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política, en los siguientes términos: (...) la defensa de la persona humana y respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De esta forma, nuestro texto constitucional consagra la promoción de una digna calidad de vida entre sus ciudadanos como un auténtico deber jurídico, lo que comporta al mismo tiempo una definida opción a favor de un modelo cualitativo de Estado que encuentre en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo.

Es de esta forma cómo el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el desarrollo de la dignidad de los pensionistas. De ello se deriva su carácter de derecho fundamental específico que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco supone privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para conseguir y mantener la desigualdad.

En la definición del contenido de este derecho fundamental es factor gravitante el esfuerzo económico que el proceso pensionario exige de los poderes públicos y de la capacidad presupuestaria” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI; acumulados. Fundamento 76).

\$4.1 El derecho fundamental a la pensión como derecho fundamental de configuración legal

33. Tal como ha referido este Colegiado: “el artículo 11 de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo –en función a determinados criterios y límites-, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.”

(STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI; acumulados. Fundamento 73).

34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto tal como se ha establecido en el Tribunal Constitucional.

“Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

En tanto que la plena exigibilidad de los contenidos del derecho fundamental a la pensión resulta de su desarrollo legislativo, este es un derecho fundamental de configuración legal, y por ello, dentro de los límites del conjunto de valores que la Constitución recoge, queda librada al legislador ordinario la regulación de los requisitos de acceso y goce de las prestaciones pensionarias.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que tiene por objeto precisar los beneficios o prestaciones relacionadas con materia previsional, dotan de contenido esencial al derecho fundamental a la pensión. Solo cumplen dicha condición aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa (tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones para obtener una pensión dentro de un determinado régimen).

Por el contrario, las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros, no podrían considerarse como componentes esenciales del derecho fundamental referido, sino como contenidos no esenciales y, en su caso, adicionales, y, en tal medida tampoco como disposiciones legales que lo configuran.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI; acumulados. Fundamento 120).

35. Así las cosas, cuando el inciso 20) del artículo 37º del Código Procesal Constitucional establece que el amparo procede en defensa del derecho a la pensión, ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionado al sistema previsional público o privado, habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues un razonamiento en ese sentido apuntará a una virtual identidad entre “derecho legal” y “derecho constitucional de configuración legal”, lo que a todas luces resulta inaceptable.

\$4.2 Determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

36. El análisis sistemático de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la pensión (artículo 11º) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.
37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de amparo:
- En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
 - En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia se deniegue a una

persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este Colegiado comparte, el derecho a la pensión: “adquiere el carácter de fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o la amenaza de derechos o principios de esa categoría y su protección resulta indispensable tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda una estrecha relación con el trabajo, principio fundante del Estado Social de Derecho, por derivar de una relación laboral y constituir una especie de “salario diferido” al que se accede previo al cumplimiento de las exigencias legales” (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Tercera de Revisión Sentencia T-608 del 13 de noviembre de 1996.M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- c. Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, es decir, “aquella porción de ingresos indispensables e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.” (Cfr. Corte Constitucional colombiana Sala Quinta de Revisión Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello solo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria de la Ley N° 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28499, el Tribunal Constitucional considera que prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

- d. Asimismo, aun cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- e. En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

En efecto, en tanto derecho fundamental relacional, el derecho a la igualdad se encontrará afectado ante la ausencia de bases razonables, proporcionales y objetivas que justifiquen el referido tratamiento disímil en el libre acceso a prestaciones pensionarias.

- f. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y como se ha precisado, en el proceso de amparo “no se dilucida de un derecho, como sucede en otros, sino solo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que

quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado”. (STC 0976-2001-AA. Fundamento 3).

- g. Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, prima facie, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no solo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido prescritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el artículo 103º de la Constitución, respectivamente.

§5. Determinación de la procedencia de la pretensión en la presente causa

39. Analizados los componentes que por derivar directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, merecen protección a través del proceso de amparo, corresponde analizar si la pretensión en el presente caso se encuentra referida a alguno de dichos ámbitos y si, en consecuencia, corresponde expedir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.
40. En el presente caso el demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal, que le fue denegada porque a juicio de la ONP no reunía el mínimo de aportaciones necesarias para obtener el derecho. En consecuencia, al recurrente le ha sido denegada la pensión, a pesar de que, según alega, cumple con los requisitos legales para obtenerla. Consecuentemente, la pretensión del recurrente ingresa dentro del supuesto previsto en el Fundamento 37.b, motivo por el cual este Colegiado procede a analizar el fondo de la cuestión controvertida.

§6. Análisis del agravio constitucional alegado

41. El segundo párrafo del artículo 44º del Decreto Ley N° 19990, el artículo 1º Decreto Ley N° 25967 y el artículo 17º de la Ley N° 24514, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que en los casos de reducción o despido total del personal, tienen derecho a pensión de jubilación los trabajadores afectados que: i) tengan cuando menos 55 o 50 años de edad, según sean hombres o mujeres; ii) acrediten por lo menos 20 años de aportaciones; y, iii) el empleador haya sido autorizado por el Ministerio de Trabajo para despedir a su personal luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley N° 24514, sustitutoria del Decreto Ley N° 18471.
42. Este Tribunal ha precisado en reiteradas ejecutorias, que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que para la calificación de las pensiones se debe tener en cuenta que:
- a) A tenor del artículo 57º del Decreto Supremo N° 011-74-TR, Reglamento del Decreto Ley N° 19990, los períodos de aportación no pierden su validez, excepto en los casos de caducidad de las aportaciones declaradas por resoluciones consentidas o ejecutoriadas con fecha anterior al 1 de mayo de 1973. En ese sentido, la Ley N° 28407, vigente desde el 3 de diciembre de 2004, recogió este criterio y declaró expedito el derecho de cualquier aportante para solicitar la revisión de cualquier resolución que se hubiera expedido contraviniendo lo dispuesto en los artículos 56º y 57º del decreto supremo referido, Reglamento del Decreto Ley N° 19990.
- b) En cuanto a las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11º y 70º del Decreto Ley N° 19990 establecen, respectivamente, que “Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)”, y que “Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7º al 13º, aun cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”. Más aun, el artículo 13º de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7º de la Resolución Suprema N° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización

Previsional (ONP), dispone que la emplazada debe “Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley”.

43. En ese sentido, para acreditar la titularidad de derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que configuran el derecho, el demandante ha acompañado una serie de documentos, respecto de los cuales este Tribunal determina lo siguiente:

42.1. Edad

1. Copia de su Documento Nacional de Identidad, con el cual se constata que nació el 16 de junio de 1945, y que, por tanto, cumplió la edad requerida para la pensión reclamada el 16 de junio de 2000.

42.2. Años de aportaciones

2. Copia de la Resolución N° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990 (Expediente N° 01300311802) y el Cuadro de Resumen de Aportaciones, de donde se evidencia que en la aplicación del artículo 95° del Decreto Supremo N° 013-61-TR, Reglamento de la Ley N° 13640, la ONP desconoció la validez de las aportaciones realizadas durante 1 año y 1 mes en los años 1964 y 1965, y decidió no continuar con su labor inspectiva porque presumió que el demandante no acreditaría el mínimo de años de aportaciones requeridos.
3. Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

42.3. Autorización de la Autoridad de Trabajo y afectación por reducción de personal

1. Copia de la Resolución Sub- Directorial N° 018-92-1SD-NEC y la Resolución Directorial N° 046-92-DR-LIM, del 21 de febrero y 24 de marzo de 1992, respectivamente, en las que consta la autorización de la Autoridad de Trabajo para que Motor Perú S.A: reduzca personal al haber acreditado causal económica conforme a lo señalado en la Ley N° 24514.

2. Copia del Acta de Extraproceso de fecha 3 de julio de 1992, suscrita ante el Director Regional de Trabajo de Lima, por los representantes de Motor Perú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, en la cual se transcribe la relación del personal afectado por la reducción de personal, entre los que se encuentra el demandante. Asimismo, el cronograma de pago de los beneficios sociales que se entregará conjuntamente con el certificado de trabajo, previa presentación de las cartas de renuncia de los trabajadores con fecha 25 de mayo de 1992.
43. En consecuencia, el Tribunal Constitucional que aun cuando en el proceso de amparo no se encuentra prevista una etapa probatoria, el demandante ha presentado suficientes medios probatorios que no requieren de actuación (artículo 9° del Código Procesal Constitucional), que demuestran: i) que cumple con el requisito de edad exigido para obtener la pensión solicitada; ii) que fue cesado en el empleo por causal de reducción de personal; y, iii) que teniendo en cuenta su tiempo de servicios en Motor Perú S.A. – corroborados previamente por la Autoridad de Trabajo – y las aportaciones realizadas durante el período cuya validez indebidamente no se reconoció, acredita por lo menos 20 años de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

En tal sentido, ha acreditado que reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal reclamada, y consiguientemente, que se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe reconocer su derecho a la pensión de jubilación y disponer su percepción desde la fecha en que se verifica el agravio constitucional, es decir, en la fecha de la apertura del expediente N° 01300311802 en el que consta la solicitud de la pensión denegada.

Adicionalmente, se debe ordenar a la ONP que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo a la tasa señalada en el artículo 1246° del Código Civil, y proceda a su pago, en la forma y modo establecido por el artículo 2° de la Ley N° 28266.

\$7. Precedente vinculante

44. Es evidente que con relación al derecho fundamental a la pensión reconocido en el artículo 11° de la Constitución, en la jurisprudencia de

este Tribunal ha existido un criterio de procedibilidad más flexible que aquel desarrollo en el Fundamento 37 supra. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo conforman (dignidad, igualdad y solidaridad).

45. Las materias que son competencia de la jurisdicción constitucional no se desarrollan sobre un espectro rígido o inmutable. Por el contrario, la incuestionable ligazón existente entre la calidad social y Constitucional en los Estados sociales y democráticos de derecho, imponen un margen de razonable flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que esta tiene reciente data. Solo así es posible sentar por vía de la jurisprudencia las bases mínimas para una verdadera identidad constitucional en cada uno de los ámbitos del derecho, y solo así es posible que este Tribunal mantenga incólumes sus funciones de valoración, ordenación y pacificación.
46. El Tribunal Constitucional considera que dicho cometido ha sido cubierto con la abundante jurisprudencia emitida en materia pensionaria, motivo por el cual considera pertinente, a partir de la presente sentencia, restringir los criterios de procedibilidad en dicha materia sobre la base de pautas bastante más identificadas con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo.
47. En tal sentido, este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 supra, para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el artículo 11º de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
48. Por lo demás, dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio

de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.).

El artículo III del Título preliminar del Código Procesal Constitucional establece la obligación del juez constitucional de “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de su publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y cuya pretensión no verse sobre el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (Fundamento 37 supra), debe ser declarada improcedente.

§8. Vía jurisdiccional ordinaria para la dilucidación de asuntos previsionales que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión

50. No obstante, en atención a su función de ordenación, el Tribunal Constitucional no puede limitarse a precisar los criterios de procedibilidad del amparo constitucional en materia pensionaria, sino que, a su vez, debe determinar la vía judicial en las que deban ventilarse las pretensiones sobre dicha materia que por no gozar de protección constitucional directa, no son susceptibles de revisarse en sede constitucional. Asimismo, debe determinar las reglas necesarias para encausar las demandas de amparo en trámite cuya improcedencia debe ser declarada tras la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano.

51. La vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contencioso administrativo. En efecto, en tanto que es la Administración Pública la encargada de efectuar el otorgamiento de las pensiones específicas una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, es el proceso contencioso administrativo la vía orientada a solicitar la nulidad de los actos administrativos que se consideren a los derechos subjetivos que a pesar de encontrarse relacionados con materia previsional, sin embargo, no derivan directamente del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión. Así lo estipula el artículo 1º de la Ley N° 27584, “La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados,(...)”.

52. Por ende, en los supuestos en los que se pretenda la estimación en juicio de pretensiones que no se encuentren relacionadas con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, los justiciables deberán acudir al proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3º de la Ley N° 27584 establece, de conformidad con el principio de exclusividad, lo siguiente: “las actuaciones de la administración pública solo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo en los casos que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”, es decir, salvo en los casos en los que la actuación (u omisión) de la Administración Pública genere la afectación del contenido directamente protegido por un derecho constitucional.

53. De conformidad con los artículos 8º y 9º de la Ley N° 27584 es competente para conocer la demanda el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (o el Juez Civil o Mixto en los lugares en que no exista Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo), del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnable, a elección del demandante.

\$9. Reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 supra, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley N° 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Estas reglas son dictadas en virtud del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional al que se ha hecho alusión en el Fundamento 48 supra.

55. Por parte, en aplicación del principio pro actione que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

56. En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia Administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal.

57. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18º de la Ley N° 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.

58. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2º de la Ley N° 27584, conforme al cual: “Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma”

59. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes; máxime si el artículo 22º de la Ley N° 27584, establece que: “Al admitir a trámite la demanda el Juez ordenará a la entidad administrativa que remita el expediente relacionado con la actuación impugnada. Si la entidad no cumple con remitir el expediente administrativo el órgano jurisdiccional podrá prescindir del mismo o en su caso reiterar el pedido bajo apercibimiento de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente (...).

El incumplimiento de lo ordenado a la entidad administrativa no suspende la tramitación del proceso, debiendo el juez en este caso aplicar al momento de resolver lo dispuesto en el Artículo 282 del Código Procesal Civil”.

Dicho artículo del Código Procesal Civil, establece: “El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

Por su parte, el artículo 29º de la Ley N° 27584, dispone: “Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.”

\$10. Vulneración continuada y ausencia de plazos de prescripción en asuntos que versen sobre materia pensionaria.

60. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante –en criterio que mutandis es aplicable a cualquier proceso judicial o procedimiento administrativo que prevea plazos de prescripción o caducidad – que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre la materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad.

En tal sentido, en los casos de demandas contencioso administrativas que versen sobre materia pensionaria, el Juez se encuentra en la obligación de considerar el inicio de cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17º de la Ley N° 27584, a partir del mes inmediatamente anterior a aquel en que es presentada la demanda, lo que equivale a decir, que, en ningún caso, podrá declararse la improcedencia de tales demandas por el supuesto cumplimiento del plazo de caducidad.

\$11. Jurisprudencia vinculante y exhortación

61. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.

62. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de Juzgadores Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y a crearlos en el resto de Distritos de la República, a efectos de entender con diligencia y celeridad las pretensiones que correspondan ser dilucidadas por la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la expedición de la presente sentencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica.

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.
2. Declarar la NULIDAD de la Resolución N° 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990.
3. Ordena que la entidad demandada cumpla con reconocer la pensión de jubilación adelantada por reducción de personal que corresponde al demandante, y abone las pensiones devengadas, reintegros e intereses legales correspondientes, conforme a los Fundamentos 40 a 43 supra.
4. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo que versen sobre la materia pensionaria, previstos en el Fundamento 37 supra, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPCConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentra en trámite y cuya pretensión no verse el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, debe ser declarada improcedente.
5. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, previstas en los Fundamentos 54 a 58 supra, resultan vinculantes tanto para los Jueces que conocen los procesos de amparo, como para los Jueces que resultan competentes para conocer las demandas contencioso administrativas.

6. Se EXHORTA al Poder Judicial, para que, de conformidad con el Fundamento 61 supra, aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de Distritos Judiciales de la República.

Publíquese y notifíquese

SS.

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

**6. STC N° 349-2004-PA/TC CASO MARÍA ELENA
COTRINA AGUILAR**

Nro. de STC	349-2004-PA/TC
Órgano Emisor	Sala Primera
Demandante	Maria Elena COTRINAAGUILAR
Demandado	Municipalidad Distrital de Los Olivos 2 de septiembre de 2005
Fecha de Publicación en la Página Web	No se ha encontrado información
Fecha de Publicación en El Peruano	En el fundamento 4 se establece que “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 (...)”
Fundamentos Vinculantes	<ol style="list-style-type: none"> 1. Alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción (fundamento 5) 2. Límites o restricciones de la libertad de tránsito o derecho de locomoción (fundamentos 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12) 3. El bien jurídico seguridad ciudadana y sus alcances (fundamentos 13, 14 y 15) 4. Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal (fundamentos 16, 17, 18, 19 y 20)
Contenido del Precedente Fallo	Fundada en parte
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

**EXP. N° 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, 2ª 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° 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° 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° 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, y que se encuentra acreditado con copia simple de la sentencia de habeas 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 habeas 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 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 habeas 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.ª 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 habeas 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° 2003-373), este Colegiado considera que tal argumento no es estrictamente correcto. Tal aseveración se sustenta en lo siguiente: **a)** el proceso de habeas 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 vía 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 12° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 22° 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 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).
8. El primer supuesto explícito 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 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 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 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 solo 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 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 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 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° 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 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° 690 y la Constitución Política del Perú.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

7. STC N° 5854-2005-PA, CASO PEDRO LIZANA PUELLES

Nro. de STC	05854-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Pedro LIZANA PUELLES
Demandado	Jurado Nacional de Elecciones
Fecha de Publicación en la Página Web	8 de noviembre del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	10 de noviembre del 2005
Fundamentos Vinculantes	35
Contenido del Precedente	1. Interpretación del artículo 142º y 181º de la Constitución, sobre revisión judicial de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (fundamento 35). 2. Procedencia de la demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones por afectación de derechos fundamentales (fundamento 35).
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

**Exp. N° 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° 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 51° de la Ley N° 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 solo 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 5° de la Ley N° 26486 —Ley Orgánica del JNE—, en desarrollo del inciso 6) del artículo 178° de la Constitución, dispone que es competencia del JNE declarar la vacancia de los cargos elegidos

mediante sufragio directo; que, conforme al artículo 23° 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 142° y 181° 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 23° 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 5° 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° 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° 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 22° de la Ley N° 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 139° 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 142° y 181° 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 200° de la Constitución.

El precitado artículo 142º, dispone:

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

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

“El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referendium 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 solo por las leyes.”^[1]

5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”^[2], esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.
6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º^[3]), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º^[4]) o de la colectividad en general (artículo 38º^[5]) puede vulnerarla válidamente.

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

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

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

“dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes.”^[6]

En efecto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha

perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.

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

8. A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200º de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.
9. Es este marco, corresponde al Tribunal Constitucional dirimir en última o única instancia los procesos constitucionales (artículo 202º de la Constitución). A través de sus sentencias, en su condición de supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)—), no solo cumple una función de valoración, sino también pacificación y ordenación.
10. Como se ha tenido oportunidad de referir: “El Tribunal Constitucional con frecuencia debe hacer frente a conflictos de la más alta trascendencia social y política. Esto supone, muchas veces, que las decisiones jurisdiccionales que adopte, tengan un impacto en los medios académicos y de comunicación social.

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

La argumentación constitucional, es en este contexto, el mejor recurso de legitimación y persuasión con que cuenta este Tribunal para la

búsqueda del consenso social y el retorno de la armonía. De este modo logra adhesiones, persuade y construye un espacio para su propia presencia en el Estado Social y Democrático de Derecho, erigiéndose como una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural.”^[7]

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

§4. Principios de interpretación constitucional

12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son^[8]:
 - a) *El principio de unidad de la Constitución*^[9]: 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*^[10]: 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*^[11]: 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*^[12]: El “producto” de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*^[13]: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo 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 solo 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 solo pueda comprender el técnico en Derecho, sino el propio ciudadano.

15. La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una “aparente” contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.
16. Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima.
17. Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales

de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente?

18. Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional. En primer lugar porque, lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, incluyendo, desde luego, los que efectúe el JNE.

Si bien es cierto que esta entidad es el máximo órgano de administración de justicia electoral del país, no lo es menos que, como cualquier otro poder público, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° 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 31°, *in fine*, de la Carta Fundamental.

En otras palabras, el “producto” resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues pretendiendo auspicar 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 201° de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al JNE (artículo 177° de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

Es preciso tener presente que, de conformidad con el principio de corrección funcional, el JNE, bajo las responsabilidades de ley, se encuentra impedido constitucionalmente de desconocer las decisiones vinculantes que los otros órganos constitucionales expiden en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente previstas. Así, por ejemplo, el JNE se encuentra impedido de desconocer una resolución adoptada por el Congreso de la República que inhabilita a una persona para el ejercicio de la función pública, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución; máxime si la validez constitucional de dicha resolución ha sido plenamente confirmada a través de una sentencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de la LOTC)^[14].

20. Al referir que las resoluciones del JNE en materia electoral se dictan en última instancia y no pueden ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional, los artículos 142° y 181° de la Constitución, tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de corrección funcional ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

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

Sería, por ejemplo, absurdo sostener que porque el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la nulidad de una sentencia expedida por un juez penal o civil que contravenga los derechos fundamentales, tiene capacidad de administrar justicia penal o civil. Es evidente que en

tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a administrar justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental (primer párrafo del artículo 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 habeas 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 habeas 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 solo 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.”

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.”

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.”

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 solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.”^[15]

Para posteriormente afirmar que:

“los Estados Parte 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.”^[16]

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

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

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana.”^[17]

28. Es en base a tales premisas que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referir (entre otras, en la STC 2409-2002-AA) que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio.
29. Debe recordarse, asimismo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

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

“Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho

Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, este 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 (...).”^[18]

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 solo 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 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículo 8° 1 y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
32. Son, justamente, aplicaciones literales de los artículos 142° y 181° 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° 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el Derecho Interno.”^[19]

Sobre tal premisa, recomendó al Estado peruano:

“Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25° (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos.”^[20]

Cabe señalar que en este Informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa que en reiteradas comunicaciones el Estado peruano puso en su conocimiento la existencia de diversas iniciativas de modificación de la legislación electoral, allanándose a la denuncia planteada en su contra, a pesar de lo cual, hasta la fecha de la publicación del Informe, ninguna había sido adoptada.^[21]

33. El Tribunal Constitucional considera, sin embargo, que, tal como ocurriera en su oportunidad con el artículo 173° de la Constitución (relacionado a las competencias de la jurisdicción militar^[22]), la reforma de los artículos 142° y 181° resulta innecesaria, pues por vía de una interpretación constitucional adecuada, su contenido normativo es susceptible de compatibilizarse con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales relacionados con la materia.

34. Por lo demás, debe enfatizarse que la imposibilidad de optar por una lectura aislada del artículo 142° de la Constitución no solo ha sido establecida por este Tribunal en lo que al control de constitucionalidad de las resoluciones del JNE en materia electoral se refiere (STC 2366-2003-AA), sino también en lo que respecta a las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, las cuales, al amparo de dicha aislada interpretación, tampoco serían susceptibles de ser objeto de control constitucional en sede jurisdiccional.

En efecto, desde la expedición de la STC 2409-2002-AA, en criterio que este Colegiado tiene reiterado en más de 200 sentencias, quedó establecido que:

“(…) cuando el artículo 142.° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, (…) el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro texto fundamental.”

35. En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones de afirmar

que toda interpretación de los artículos 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.”

Consecuentemente, la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no solo 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^[23]—, es pilar fundamental de todo proceso electoral. En efecto, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 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 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:
- 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.).
 - 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 solo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPConst.^[24].

- c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”^[25],

Ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”^[26].

Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no solo 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 sumarísimo, 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 solo garantizarán la seguridad jurídica del proceso electoral, sino que también permitirán la oportuna protección de los derechos fundamentales. Debe recordarse cómo, por ejemplo, a pesar de haberse acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE del derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º 24 e. de la Constitución) de un ciudadano y, como consecuencia de ello, la afectación de su derecho político a ser candidato a un cargo público (artículos 2º 17, 31º y 35º de la Constitución), la ausencia de plazos perentorios en los procesos de amparo orientados a la protección de derechos fundamentales políticos, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, determinó la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior, al haber devenido dichas afectaciones en irreparables^[27].

§8. Análisis de constitucionalidad del caso planteado

40. El argumento del recurrente para solicitar la nulidad de la Resolución N° 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 interpretación de la legislación electoral acorde con la Constitución, es decir, en la administración de justicia electoral que el inciso 4) del artículo 178º de la Constitución confía al JNE, lo que, a todas luces, resulta inaceptable. Por tanto, la demanda debe ser desestimada.

§9. El Informe Técnico de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia

44. Conforme al artículo 4º de la Ley Orgánica del Sector Justicia, corresponde al Ministerio de Justicia “velar por la vigencia del imperio de la Ley, el derecho y la justicia.”

Asimismo, el artículo 5º de la misma norma, establece que

“Corresponde al Ministerio de Justicia, el asesoramiento legal al Poder Ejecutivo y especialmente al Consejo de Ministros; así como promover una eficiente y pronta administración de justicia (...).”

45. Mediante Oficio N° 1209-2005-JUS/DM, de fecha 7 de noviembre de 2005, el señor Ministro de Justicia ha remitido a este Tribunal el Informe N° 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 del mismo realizada a través de sus sentencias y opiniones consultivas por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (recogida, en su mayoría, en el punto §6 de esta sentencia), se concluye en que:

- “a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que instituciones como el hábeas corpus (y el amparo) resultan mecanismos sencillos y rápidos para proteger derechos humanos. Si en Estados de Emergencia, cuando se permite que el Estado restrinja lícitamente la vigencia de ciertos derechos, no se suspenden las garantías judiciales o procesales indispensables para proteger los derechos que forman parte del núcleo duro de los derechos humanos, tampoco se puede permitir su restricción en períodos ordinarios, en los que rige en toda su extensión la Convención Americana y los derechos fundamentales.
- b) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría estimarse que permitiría que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, en base a los artículos 142º y 181º de la Constitución Política del Perú, puedan ser examinadas a través del proceso de amparo. De momento, no ha habido ningún caso del Perú que haya sido resuelto por la Corte Interamericana en este punto específico.
- c) Actualmente, el Ministerio de Justicia no ha promovido medida alguna para posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que afecten los derechos fundamentales.”
46. El Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, en el sentido de que, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus

funciones oficiales”, en los términos del artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

47. De otra parte, si bien es cierto que aun 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 CPCConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos.

Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales- se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (artículo VI del Título Preliminar del CPCConst. y Primera Disposición Final de la LOTC).

3. De conformidad con el Fundamento 39 b), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo solo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPCConst.
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 CPCConst, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:
 - Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
 - Que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarásimos, 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

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

[2] Concepto al que acude con frecuencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (*Vid.* Res. 2004-09992, de fecha 8 de septiembre de 2004, recaída en el Exp. 03-004485-0007-CO, mediante la cual se declara la inconstitucionalidad del acuerdo del Poder Ejecutivo de brindar apoyo a la “Coalición” de países que incurrió en

- acciones bélicas en Iraq), cuyas competencias materiales resultan sustancialmente idénticas a las de un Tribunal Constitucional.
- [3] Artículo 51° de la Constitución.- *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...).*
- [4] Artículo 45° 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. (...).*
- [5] Artículo 38° de la Constitución.- *Todos los peruanos tienen el deber de... respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*
- [6] Kaegi, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich*, 1945, p. 147.
- [7] STC 0048-2004-AI, Fundamentos 2 y 3.
- [8] Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.
- [9] *Vid.* STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.
- [10] *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.
- [11] 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—).
- [12] *Vid.* STC 0008-2003-AI, Fundamento 5;
- [13] *Vid.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.
- [14] *Vid.* STC 3760-2004-AA; STC 3238-2004-AA y STC 2791-2005-PA
- [15] Opinión Consultiva OC-9/87, párrafo 23.
- [16] 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.
- [17] Caso Tribunal Constitucional, Etapa de fondo, Sentencias del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71.
- [18] Caso Yatama vs. Nicaragua, Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.
- [19] Informe N.º 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55.
- [20] Op. cit., punto 1 de la parte resolutive.
- [21] *Idem*, párrafo 93.
- [22] Cfr. STC 0010-2002-AI, Fundamentos 41 a 54.
- [23] *Vid.* STC 0016-2002-AI, Fundamentos 3 y 4.
- [24] Segundo párrafo del artículo 1º del CPCConst.: *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 empleado 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.*
- [25] Caso Yatama vs. Nicaragua, Op. cit. párrafo 175.
- [26] *Idem*.
- [27] *Vid.* STC 2366-2003-AA.

8. STC N° 2802-2005-PA/TC, CASO JULIA BENAVIDES GARCÍA (Libertad de Empresa. Amparo en Materia Municipal)

Nro. de STC	2802-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Julia BENAVIDES GARCÍA
Demandado	Municipalidad Provincial de Piura
Fecha de Publicación en la Página Web	13 de diciembre del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	21 de diciembre del 2005
Fundamentos Vinculantes	4 a 17
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Improcedencia de las demandas de amparo respecto a locales comerciales que no cuentan con autorización municipal (fundamentos 4, 5, 8 y 9). 2. Improcedencia de las demandas de amparo respecto a la obtención y denegatoria de autorizaciones municipales para el funcionamiento de locales comerciales (fundamentos 6 y 17). 3. Procedencia de la demanda de amparo para proteger la libertad de empresa y del trabajo en casos relacionados con la autorización para el funcionamiento de establecimientos comerciales (fundamento 6). 4. Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite relacionados con licencias de funcionamiento y que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 17 y 18, que se remiten a los fundamentos 53 a 58 de la sentencia 1417-2005-PA—caso Anicama-).
Fallo	Improcedente
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

**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° 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° 026-2004-C/PPP.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Piura, con fecha 24 de noviembre de 2004, declara infundada la demanda, por considerar que la recurrente no acredita contar con licencia municipal de funcionamiento, y que la

vía del amparo no es la adecuada para otorgar derechos, pues solo protege los ya existentes, agregando que de lo actuado se advierte, que la municipalidad demandada ha actuado en ejercicio de sus funciones, desvirtuándose toda arbitrariedad.

La recurrida confirma la apelada, por considerar que la clausura cuestionada en el presente proceso constituye una sanción administrativa por el incumplimiento de disposiciones municipales, y que, en ese sentido, estas debieron previamente impugnarse.

FUNDAMENTOS

1. La parte demandante denuncia la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de petición, a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, y, por ello, solicita que se deje sin efecto el 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 solo debe garantizar el derecho de las personas a acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario (artículo 27º 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 “ello es así, por una parte, en la medida que la Constitución, en su artículo 59º 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 “desarrollar 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 N° 3330-2004-AA/TC, estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnerará la libertad de trabajo “(...) si es que no se (...) permite ejercer el derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar (...).” La sentencia precisaba, además, que para poder determinar si se afecta la libertad de trabajo, tendrá que esclarecerse previamente la vulneración del derecho a la libertad de empresa. Asimismo, enfatizaba que para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; caso contrario, no puede asumirse la

afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38º 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 9º 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, solo 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

7. Como se ha señalado en el fundamento N° 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.

8. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que siempre que en los casos reseñados en el fundamento N° 8, *supra*, se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios vertidos en los fundamentos N 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

9. 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° 6, *supra*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, la presente demanda deviene en improcedente en dicho extremo.
10. En cuanto a la alegada vulneración del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la STC N° 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.
11. 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.
12. Por otro lado, la demandante sostiene que la municipalidad emplazada ha vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, de defensa y al debido proceso, aduciendo que ha clausurado su establecimiento sin que exista una resolución expedida por el órgano correspondiente dentro de un proceso administrativo. Al respecto, previamente este Colegiado considera pertinente recordar que el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no solo 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° 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.
13. 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° 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.

14. 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° 13, *supra*; razón por la cual la demanda también resulta improcedente en dichos extremos.

§4. Remisión de lo actuado a la vía contencioso-administrativa

15. 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° 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.
16. 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° 53 a 58 de la STC N° 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005.

§ 5. Precedente vinculante

17. De conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N° 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 supuestos 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° 17, *supra*.
3. Declarar que la presente sentencia asume la eficacia de precedente vinculante respecto de los fundamentos N° 4 a 17, conforme a lo señalado en el fundamento N° 18, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

9. STC N.º 0206-2005-PA, CASO CÉSAR BAYLÓN FLORES

Nro. de STC	0206-2005-PA/TC
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	César BAYLÓN FLORES
Demandado	E.P.S. EMAPA HUACHO S.A.
Fecha de Publicación en la Página Web	14 de diciembre del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	22 de diciembre del 2005
Fundamentos Vinculantes	7 a 25 y 35 a 38.
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamentos 7 a 16). 2. Improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral privado (fundamentos 17 a 20). 3. Improcedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (fundamentos 21 a 25). 4. Procedencia del amparo en controversias relacionadas con trabajadores del régimen laboral público (fundamentos 24). 5. Reglas procesales aplicables a los procesos de amparo en trámite en materia laboral que no cumplen con los requisitos de procedibilidad (fundamentos 35 a 38).
Fallo	Infundada e improcedente
	Inmediata

Aplicación en el Tiempo	<ol style="list-style-type: none"> 1. En el punto resolutive 3 se invoca el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional para sustentar los precedentes contenidos en los fundamentos 7º a 25º. En el caso de los fundamentos 35 a 38, sobre reglas procesales para aplicar el precedente a los expedientes en trámite, no se hace referencia al citado artículo VII, pero debe entenderse que son vinculantes (puntos resolutive 4 y 5). En el caso de las reglas para derivar expedientes al proceso contencioso-administrativo, no se precisan con detalle pues se remite para tal efecto a los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 de la sentencia 1417-2005-PA, caso Anicama.
Notas	

COMENTARIO

Este precedente vinculante, establece que las demandas de amparo en materia laboral pública, tendrán como reglas procesales las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), criterios que serán aplicables tanto para los procesos de amparo, como en los derechos contenciosos administrativos. En cuanto, precisa el Juez competente para conocer la demanda contencioso administrativa; así como las reglas procesales aplicables a los derechos de amparo en trámite declarados improcedentes, como consecuencia del precedente vinculante expedido.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Bayllón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 461, su fecha 9 de diciembre de 2005, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus reenumeraciones dejadas de percibir. Asimismo, solicita que los demandados le paguen una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 10,000.00 nuevos soles y que se disponga la apertura de instrucción al Gerente General por ser responsable de la agresión sufrida.

Manifiesta haber sido despedido debido a que, con posterioridad a la época en que ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, se detectaron una serie de irregularidades con motivo del "Examen especial sobre las presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del sistema SICI" llevado a cabo por el órgano de control de la empresa. Al respecto, refiere que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no observó el principio de inmediatez, contemplando en el artículo 31° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, toda vez que el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agrega que tales actos vulneran sus derechos constitucionales su derecho constitucional al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. propone la excepción de incompetencia por razón de la materia, aduciendo que la vía del amparo no resulta idónea para este tipo de casos, pues existe una vía laboral donde se puede dilucidar mejor la controversia con el despliegue de una amplia actuación de material probatorio. Sostiene que en el caso del actor se procedió a su despido por la gravedad de las faltas cometidas, respetándose, en todo momento, el debido proceso y sus derechos constitucionales, por lo que solicita que la demanda sea declarada infundada.

El codemandado Víctor Manuel Hacen Bernaola solicita que la demanda sea declarada infundada, alegando que lo une vínculo con el actor y que la sanción impuesta se debió única y exclusivamente a la configuración de una falta grave cometida por el recurrente. Manifiesta que el proceso de despido del demandante se realizó sin mala fe, dolo o arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huaura, con fecha 5 de julio de 2004, declara infundada la excepción propuesta considerando que el proceso de amparo tiene

carácter alternativo, es decir, que ante la violación de un derecho constitucional, el demandante puede escoger dicha vía para defender sus derechos constitucionales; e, infundada la demanda argumentando que el actor cometió las faltas graves que se le imputan, observándose para su despido el debido proceso que establece la ley.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0008-2005-PI/TC, (Fundamentos 17 a 42), este Tribunal precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como indubio pro operario, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Igualmente, en el citado caso, se hizo referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución, entre los que destacan de libertad sindical, de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto a l régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos en materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.
2. En esta oportunidad y contemplando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado (en particular los casos Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefonía del Perú S.A. y Fetratel, Exp. N° 1124-2001-AA/TC, y Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 1124-2001-AA/TC), así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularan determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, que, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.
Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado
3. La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se

cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, **no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.**

4. Al respecto, este Colegiado precisó que “(...) tanto lo estableció en su momento la Ley N° 23506 y lo prescribe hoy en el Código Procesal Constitucional, respecto al Amparo Alternativo y al Amparo Residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del Amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario” (Exp. N° 4196-2004-AA/TC, Fundamento 6).
5. En efecto, la jurisdicción constitucional comparada específica asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aun, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138º.
6. Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizados, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate.
7. El Tribunal Constitucional estima que esta situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios

jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huayco Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

8. Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía de amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.
9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29º y 34º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huayco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.
10. En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28º, inciso 1 de la Constitución (Exp. 0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo el acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un

trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11º del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1º del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).

11. En la misma línea argumentativa, en el citado Exp. N° 0008-2005-PI/TC, se dejó establecido que la libertad sindical no solo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical se justifica por cuanto el artículo 3.1. del Convenio N° 87 de la OIT, anteriormente citado, precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción, en tanto que el artículo 1.2. del Convenio N° 98 de la OIT, como ya se dijo, establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales.
12. Por tanto, debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos extremos que los afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados, así como a los dirigentes sindicales, para garantizar el desempeño de sus funciones y que cumplan con el mandato para el que fueron elegidos. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga.
13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos,

libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado.

14. Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.
15. Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23º de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo la pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7º y 23º de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18º del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.
17. Por otro lado, la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, prevé en su artículo 4° la competencia por razón de la materia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo. Al respecto, el artículo 4.2. de la misma ley establece que los Juzgados de Trabajo conocen, entre las materias más relevantes de las pretensiones individuales por conflictos jurídicos, las siguientes:
 - a) Impugnación de despido (sin reposición).
 - b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
 - c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
 - d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.
18. A su turno, el artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, considera que constituyen actos de hostilidad:
 - a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo las razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador
 - b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
 - c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
 - d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
 - e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
 - f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
 - g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

- Consecuentemente, los amparos que se refieran a las materias descritas (fundamento 17 y 18), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declaradas improcedentes en la vía de amparo.
19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imposición de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y especialmente, las pruebas de oficio.
 20. Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo. Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral público
 21. Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4° literal 6) de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública son impugnadas a través del proceso contencioso administrativo.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

22. En efecto, si en virtud de la, legislación laboral pública (Decreto Legislativo N° 276, Ley N° 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) y del proceso contencioso administrativo es posible la reposición, entonces las consecuencias que se deriven de los despidos de los servidores públicos o del personal que sin tener tal condición labora para el sector público (Ley N° 24041), deberán dilucidarse en la vía contenciosa administrativa por ser idónea, adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo, para resolver las controversias laborales públicas.
23. Lo mismo sucederá con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803, entre otros.
24. Por tanto, conforme al artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el párrafo precedente deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra.

25. El Tribunal Constitucional estima que, de no hacer así, el proceso de amparo terminará sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, “caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario”.

Análisis del presente caso

26. El recurrente fue despedido el 17 de marzo de 2004, previo procedimiento de despido, imputándose las faltas graves previstas en los incisos a) y c) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, concordadas con los incisos a), d) y f) del artículo 74° del Reglamento Interno de Trabajo de la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. A tal efecto, en autos se advierte que se le cursó la carta de pre aviso y que no pudo efectuar sus descargos; de manera que la empleadora cumplió con la ley laboral atinente a este tipo de procesos. Consiguientemente, no se advierte vulneración del debido proceso.
27. De otro lado, el demandante sostiene que se habría vulnerado el principio de inmediatez. Sobre ese punto debe precisarse que la causa de despido se origina en el Informe N° 009-2003 EPS EMAPA HUACHO- OCI “Examen especial: sobre presuntas irregularidades efectuadas en la manipulación del SICI”, sistema informático comercial integrado, llevado a cabo por el órgano de control interno de la empresa demandada, en el que se concluyó que se favoreció a terceras personas en la facturación del servicio de agua en perjuicio de la empresa. Dicho informe determinó la responsabilidad administrativa del recurrente, así como la de otros empleados.
28. Si bien es cierto que los hechos se produjeron durante el periodo 2002-2003, en que el demandante ocupó el cargo de Jefe del Equipo de Facturación, no lo es menos que las responsabilidades por las irregularidades solo se pudieron conocer una vez que culminó el informe llevado a cabo por el órgano de control de la empresa, y que fue comunicado a la alta dirección en enero de 2004, previa investigación en la que el recurrente también ejerció su derecho de defensa. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional estima que el procedimiento de despido, recomendado por el asesor legal externo, no vulneró el principio de inmediatez, toda vez que se inició dentro de un plazo razonable (Exp. N° 0558-2003-AA). Por tal razón, este extremo de la demanda también debe desestimarse.
29. Asimismo, el recurrente cuestiona los hechos que se invocan como causas justas de despido. Entre otros, que la demandada, apoyándose en el informe del órgano de control interno de la empresa, concluye que el demandante

concedió, de manera irregular, rebajas al usuario Línea Interprovincial de Transportistas S.A.- LITSA; que se emitieron facturas a la empresa EMSAL cuando tales servicios ya habían sido cancelados, con su consiguiente ingreso en el registro de ventas de la empresa; que hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.

30. El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal, alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de amparo por su anotado carácter sumario, por tanto, este extremo de la demanda debe declararse improcedente.
31. Con relación a los pedidos de pago de remuneraciones dejadas de percibir y de indemnización por daños y perjuicios, deben ser declarados improcedentes, pues el amparo no es la vía idónea para resolver tales reclamos. Lo mismo debe declararse sobre la solicitud de que se denuncie penalmente al gerente de la demandada.

Precedente vinculante

32. Hasta la fecha de dilucidación del presente caso los criterios de la jurisdicción constitucional habían sido sumamente flexibles y amplios en la evaluación de una gran variedad de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público, sobre la base de carácter alternativo del proceso constitucional del amparo. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos de materia laboral individual, privada o pública, tramitados en la vía del proceso de amparo, la aplicación de los criterios establecidos en el presente caso, con relación al carácter residual del proceso de amparo y de los criterios jurisprudenciales sustantivos relativos a los derechos laborales desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expedito del proceso de amparo.

33. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 supra, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.
34. Con ello, el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de amparo a fin de que sea realmente eficaz y expedito. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

Vía procedimental específica y reglas procesales aplicables de amparo en materia laboral en trámite
35. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció los casos de materia pensionaria que conocería, encausándose a la vía contenciosa administrativa las demandas que, por tal razón, se declarasen improcedentes.
36. Consecuentemente, y por la aplicación de similares criterios respecto a la reconducción de procesos, las demandas de amparo que sobre las materias laborales de carácter individual, sean del régimen laboral público o privado descritos en la presente sentencia, deberán ser encausados a través de las vías igualmente satisfactorias para resolver las controversias individuales de carácter laboral, privadas o públicas que son:
 - a) El proceso laboral ordinario, para las controversias de carácter laboral individual privado.
 - b) El procedimiento especial contencioso administrativo (artículo 4º inciso 6 y 25 de la Ley Nº 27584), para las materias de carácter laboral individual de carácter público).
37. Por tanto, haciendo uso de sus funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional, se dispone que las demandas de amparo sobre la materia laboral, que en aplicación de los criterios previstos en fundamentos 21 a 25 supra, de la presente sentencia, sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. Nº 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias a la materia laboral pública.
38. Para los casos de procesos de amparo en materia laboral individual privada, fundamentos 7 a 20 supra, los jueces laborales deberán adaptar tales

demandas conforme al proceso laboral que corresponda la Ley N° 26636, observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha consagrado en su jurisprudencia para los casos laborales.

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

HA RESUELTO

- 1) Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo que denuncia la vulneración del principio de inmediatez.
- 2) Declararla **IMPROCEDENTE** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza no para determinar montos por daños y perjuicios.
- 3) Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente.
- 4) Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de amparo en materia laboral pública que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 a 61 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de amparo, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas a que se refiere la Ley N° 27584.
- 5) Declarar que las demandas de amparo de materia laboral individual privada, precisadas en los fundamentos 7 a 20 supra, deberán ser adaptadas al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636 por los jueces laborales conforme a los principios laborales que han establecido en su jurisprudencia laboral y a los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que este Colegiado ha establecido en su jurisprudencia para casos laborales.
Publíquese y notifíquese
SS.

10. STC N.º 3361-2004-AA, CASO JAIME AMADO ÁLVAREZ GUILLÉN

Nro. de STC	3361-2004-AA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Jaime Amado ÁLVAREZ GUILLÉN
Demandado	Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)
Fecha de Publicación en la Página Web	16 de diciembre del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	31 de diciembre del 2005
Fundamentos Vinculantes	7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicación del cambio de jurisprudencia sobre evaluación y ratificación de magistrados a los casos futuros <i>-prospective overruling-</i> (fundamentos 7 y 8). 2. Nuevos parámetros para la evaluación y ratificación de magistrados (fundamentos 17 a 20). 3. Derechos-reglas a ser observados en los procesos de ratificación de magistrados (fundamentos 26 a 43).
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Diferida
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. En la sección sobre los derechos-reglas existe una referencia a la pluralidad de instancias en los fundamentos 44-46, pero no se establece que estos constituyan precedente vinculante.

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, en 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 Chíncha, 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 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° 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.° 241-2002-CNM, del 13 de abril, vigente en el momento de los hechos; por el contrario, el artículo 139°, 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 142° 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° 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, 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:

1. 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.
2. 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 cómo se ha ejercido el cargo, por lo que no puede estar sujeto a las reglas de examen de faltas cometidas.
3. Que en el procedimiento de ratificación tampoco se requiere fundamentación, pues esta ha sido excluida ex profesamente 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° 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° 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°, inciso 3), en lo referido a la motivación de las resoluciones (artículo 139°, inciso 5), de defensa (artículo 139°, inciso 14) y a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 2), así como el principio de la inamovilidad de los jueces (artículo 146.°, inciso 2).

Por la comisión de esta vulneración, solicita lo siguiente:

- Que se deje sin efecto y sin valor legal la Resolución N.° 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.° 1019-2005-CNM, y a la posibilidad –esta vez expresa– prevista en el artículo 5.°, inciso 7), del Código Procesal Constitucional, Ley N.° 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° 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° 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 cómo 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° 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 solo 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) 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° 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 167° de la Constitución. En dicha oportunidad se sostuvo además, de modo expreso que (...) dicho cambio

solo 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 llevados 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° 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 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 (...).⁽¹⁾

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 (...).⁽²⁾

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 solo para el caso del PJ, sino también en el caso de los miembros del MP, a quienes el artículo 158º 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 35º de la Sentencia del Expediente N° 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 solo 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 forzados 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 agrandar 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 solo 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°, 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 esta 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 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⁽³⁾. 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⁽⁴⁾ se garantiza su permanencia en el servicio judicial mientras observe la conducta e idoneidad propias de su función.

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⁽⁵⁾.

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° 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 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 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 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 aun 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 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 autogobierne 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 (...)"⁽⁶⁾, 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 de 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 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.

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 de 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° 1019-2005-CNM –básicamente artículos 20° y 21°–, lo cual comporta a un mérito mucho más estricto de quien se somete a evaluación por parte de la Comisión:

- a. Calificación de los méritos y la documentación de sustento, contrastados con la información de las instituciones u organismos que las han emitido.
- b. 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.
- c. Análisis del avance académico y profesional del evaluado, así como de su conducta.
- d. Examen optativo del crecimiento patrimonial de los evaluados, para lo cual se puede contar con el asesoramiento de especialistas.
- e. 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.
- f. 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⁽⁷⁾. En tal sentido, este Colegiado ha expresado en el fundamento 109 de la sentencia recaída en los Expedientes N° 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 esta 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 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 esta 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°, inciso 2 (disposición reproducida por el artículo 30° de la Ley Orgánica del CNM), “El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias”⁽⁶⁾.

Al respecto, en una normatividad particular (artículo 2° del Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, aprobado mediante la Resolución N° 030-2003-CNM), se señala que para poder sancionar por indisciplina, debe existir previamente una imputación al vocal o fiscal supremo de la comisión del 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° 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.° de la Ley Orgánica del PJ establece que los jueces solo 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 accesoria, no por ello menos trascendente, que trae consigo la no ratificación. Según el propio texto constitucional, en su artículo 154°, 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° de la sentencia expedida en el Exp. N° 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° 1550-2003-AA/TC, caso Clara Aurora Perla Montaña, que dicha incongruencia (impedimento) no solo afecta la misma naturaleza de la ratificación sino también el principio de legalidad sancionador [artículo 2.°, 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⁽⁹⁾, 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 solo 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° 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 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 esta solo 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° 0090-2004-AA,

(...) que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo 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.

Garantías de la Tutela Procesal Efectiva en el Procedimiento de Ratificación

§1. El acceso a la información procesal

26. Según la Constitución (artículo 139°, 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) atribuible a toda persona para que se le informe de las causas o razones de su detención.

Así, el derecho a la información procesal es aquel 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 28° 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 solo 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° 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° 1797-2002-HD/TC, caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, que el acceso a la información pública,

(...) no solo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (Art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública.

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°, 42° y 43°, 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° señalaba, antes de ser modificado por la Ley N° 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.”

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° 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.° 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.° 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 43° 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 solo 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°, 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 atribuirla 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⁽¹⁰⁾.

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° del Código Procesal Civil se señala que un juzgador está impedido de dirigir un proceso cuando haya sido parte en este; 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.

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

Igualmente, en el novedoso sistema procesal penal –artículo 53°, inciso 1), del nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, aún 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° 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 periódicamente 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 estos nada podrá hacer⁽¹¹⁾, (...).

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 Urrello⁽¹²⁾, (...).

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 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°, 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°, 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.⁽¹³⁾

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°, inciso 5) de la Constitución, como una ‘motivación escrita’, pues, como lo prescribe el artículo 12° de la Ley Orgánica del PJ, todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son 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 esta 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⁽¹⁴⁾.

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°, 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⁽¹⁵⁾.

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° 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 aun, una interpretación literal del artículo 154°, 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°, 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, solo 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° 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 29° 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 resolutoria. Es decir, puede retomarse para este caso la razonabilidad exigida para resolver los procesos disciplinarios, establecida por el artículo 3° del ya citado Reglamento de Procesos Disciplinarios del CNM, que señala que los 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° 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 142° de la Constitución, en el enunciado normativo del artículo 5°, 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 aun si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139°, 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 aun 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:

- a. Necesidad de revisar la decisión, en virtud de los alcances delicados que acarrea la decisión para el desarrollo profesional del magistrado.
- b. 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 solo 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 41º 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.

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 esta 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 esta 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 (...)⁽¹⁶⁾.

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 resolutoria 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.

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° 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 solo 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 solo 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⁽¹⁷⁾.

Esto significa que una resolución como la que es materia de este amparo, según este Colegiado (fundamento 7 de la Sentencia del Expediente N° 1411-2004-AA/TC, caso Julio César Fernández Urday), se considerará 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 a ella no tienen un correlato con las acciones realizadas por el demandante (...), pues, también se ha señalado en el fundamento 34 de la Sentencia del Expediente N° 0090-2004-AA, que motivar una decisión no solo

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.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de 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

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

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

3 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.

- 4 Según normas administrativas aplicables al régimen de la magistratura: artículos 24°, acápite b de la Ley de Bases para la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo N.º 276; y, 34° del Reglamento de la Carrera Administrativa, Decreto Supremo N.º 005-90-PCM.
- 5 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, CEC, 1993, p. 86, 87.
- 6 Aguiló Regla, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: *Isonomía*. N.º 6 (abr. 1997). p. 76.
- 7 Prieto Sanchis, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima, Palestra, 2002. p. 137.
- 8 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].
- 9 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.
- 10 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)].
- 11 Entrevista aparecida en el diario *La República*, del 9 de mayo del 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 12 del Expediente).
- 12 Entrevista aparecida en el diario *La Razón*, del 8 de mayo del 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 del 2002. Consta como Anexo V de la demanda (fs. 16 del Expediente)].
- 13 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)].
- 14 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].
- 15 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Conclusiones de la Resolución Defensorial N.º 038-2002/DP, de 28 de noviembre de 2002.
- 16 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)].
- 17 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Totta, 2000. p. 62.

11. STC N° 4677-2004-PA, CASO CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL PERÚ – CGTP

Nro. de STC	4677-2004-PA
Órgano Emisor	Sala Primera del Tribunal Constitucional
Demandante	Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP)
Demandado	Municipalidad Metropolitana de Lima
Fecha de Publicación en la Página Web	25 de diciembre del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	9 enero del 2006
Fundamentos Vinculantes	15 literal e) y 18
Contenido del Precedente	1. Eficacia inmediata del derecho de reunión (fundamento 15 literal e). 2. Reglas para prohibir o restringir el derecho de reunión (fundamento 18).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	1. Existe una resolución de aclaración de sentencia, pero no se señala que sus alcances formen parte del precedente vinculante.

EXP. N° 4677-2004-PA/TC
LIMA
CONFEDERACIÓN GENERAL DE TRABAJADORES
DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de diciembre de 2005, la Primera Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 137, su fecha 26 de abril de 2004, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 14 de febrero de 2003, interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N° 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La emplazada contesta la demanda manifestando que la cuestionada norma ha sido expedida en cumplimiento del artículo 3° de la Ley N° 23853 –Ley Orgánica de Municipalidades– (a la fecha derogada), que obliga a la municipalidad a fomentar el bienestar de los vecinos; el inciso 4) del artículo 11° de la misma ley que establece la competencia del gobierno local para pronunciarse sobre asuntos relacionados con turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos; el inciso 13) de su artículo 65°, que le exige procurar, conservar y administrar, en su caso, los bienes de dominio público, como caminos, puentes, plazas, avenidas, paseos, jardines, edificios públicos y otros análogos; y los incisos 11) y 12) de su artículo 67° que le otorgan competencia, respectivamente, para promover y asegurar la conservación y custodia del patrimonio cultural local y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos; y para fomentar el turismo, restaurar el patrimonio histórico local y cuidar de su conservación.

Sostiene que el centro histórico ha sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO y que, por ende, debe ser protegido de conformidad con lo establecido por el artículo 21° de la Constitución. Alega que la norma cuestionada tiene carácter preventivo y declarativo, pues la Municipalidad no puede desconocer las competencias que corresponden a la Prefectura, encargada de autorizar las reuniones en lugares públicos.

Aduce que el derecho de reunión no es un derecho absoluto e ilimitado, y que las manifestaciones violentas en las que incurre la demandante, vulneran el derecho de propiedad, el libre tránsito, la integridad personal, el derecho al trabajo y la seguridad personal. Manifiesta que existen otras zonas de Lima en las que la recurrente puede ejercer su derecho de reunión.

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 28 de abril de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que la norma cuestionada se sustenta en el literal f) del artículo 132° de la Ordenanza 062, del 18 de agosto de 1994, que prohíbe las concentraciones masivas de personas que cierren las vías públicas en el centro histórico de la ciudad de Lima, y en el literal b) del artículo 1° de la misma Ordenanza, que establece que el centro histórico merece un tratamiento especial con el fin de reducir drásticamente la presión del tránsito automotor, el comercio en la vía pública y los usos incompatibles y la concentración de actividades que ocasionalmente causen su deterioro.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos, agregando que la UNESCO ha declarado al centro histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad, haciendo necesario el dictado de normas que permitan su conservación, de conformidad con el artículo 21° de la Constitución.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N° 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

Se trata de una demanda de amparo interpuesta directamente contra una norma, motivo por el cual, tomando en cuenta lo establecido por el artículo 200° 2 de la Constitución (“No procede [la demanda de amparo] contra normas legales.”), es preciso que este Tribunal se pronuncie con

relación a si dicho precepto exige la declaración de improcedencia de la demanda, sin posibilidad de ingresar a evaluar el fondo del asunto planteado.

§2. Imposibilidad de ejercer un control de constitucionalidad concentrado de las normas en los procesos de amparo

- Una lectura literal de la parte pertinente del artículo 200° 2 de la Constitución, permitiría sostener que no resulta aplicable al caso de autos. Y es que mientras la referida disposición constitucional alude a la imposibilidad de plantear amparos contra “normas legales”, la disposición cuestionada en el presente caso no es una norma legal o de rango legal, sino reglamentaria y, consecuentemente, infralegal. En efecto, tal como lo dispone el artículo 42° de la Ley N.º 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)–:

“Los decretos de Alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal.”

Sin embargo, este Colegiado aprecia, tras una interpretación teleológica del aludido artículo 200° 2 de la Carta Fundamental, que esta disposición tiene por propósito evitar que el proceso constitucional de amparo se convierta en una vía en la que pueda enjuiciarse, en abstracto, la validez constitucional de la generalidad de las normas (no solo las legales), con el propósito de, determinada su inconstitucionalidad, expulsarlas del ordenamiento jurídico, pues dicho cometido ha sido reservado constitucionalmente al proceso de inconstitucionalidad (artículo 200° 4) – en lo que a las normas de rango legal respecta–, y al proceso de acción popular (artículo 200° 5) –en lo que a las normas de rango infralegal se refiere–^[1].

Así las cosas, siendo el presente un proceso de amparo, no es posible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado desde una perspectiva abstracta.

§3. Procedencia del amparo contra normas autoaplicativas

- Empero, tal como tiene establecido este Tribunal en uniforme y reiterada jurisprudencia^[2], la improcedencia del denominado “amparo contra normas”, se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma

cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo.

Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), ni menos aun la existencia actual de un acto lesivo de tales derechos. De ahí que, en dichos supuestos, la demanda de amparo resulte improcedente.

- Distinto es el caso de las denominadas normas autoaplicativas, es decir, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. En este supuesto, cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en si mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g. el artículo 1° del derogado Decreto Ley N° 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes: (...)”), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2° del Decreto Ley N° 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación de los Decretos Leyes N°s. 25423, 25442 y 25446.”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable.

Ambos casos se encuentran previstos en el artículo 3° del CPConst., que dispone:

“Cuando se invoque la **amenaza o violación** de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.” (subrayado agregado).

En tal sentido, sea por la amenaza cierta e inminente, o por la vulneración concreta a los derechos fundamentales que la entrada en vigencia que una norma autoaplicativa representa, la demanda de amparo interpuesta contra esta deberá ser estimada, previo ejercicio del control difuso de constitucionalidad contra ella, y determinándose su consecuente inaplicación.

5. En suma, tratándose de una disposición que establece restricciones al derecho fundamental de acceso a la justicia, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° 3 de la Constitución), el impedimento para plantear una demanda de amparo contra normas, previsto en el artículo 200° 2 de la Constitución, debe ser interpretado bajo un criterio *pro actione*, de manera tal que, en ningún caso, la persona afectada o amenazada en sus derechos fundamentales por una norma autoaplicativa, se encuentre inerme e indefensa frente a ella.
6. Así las cosas, corresponde evaluar qué clase de norma, desde el punto de vista de su eficacia, es el decreto de Alcaldía impugnado, pues solo en caso de que se trate de una norma autoaplicativa, este Colegiado podrá ingresar a merituar el fondo del asunto.

§4. El Decreto de Alcaldía N° 060-2003 como norma autoaplicativa

7. El Decreto de Alcaldía N° 060-2003 es una norma autoaplicativa, pues no sólo resulta —tal como quedó dicho en el Fundamento 2, *supra*— que se trata de una norma reglamentaria (*prima facie*, ejecutiva), sino que, dentro de esta categoría, se trata de un reglamento *secundum legem*. Y tal como tiene expuesto este Colegiado, “los llamados reglamentos *secundum legem*, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, (...) están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben”^[3], generando, por lógica consecuencia, una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de las personas a las que haya de extenderse su ámbito normativo.

En efecto, de una simple lectura de los cuatro artículos del decreto de alcaldía, se aprecia que su objetivo consiste en reglamentar la Ordenanza Municipal N° 062-MML, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML), el 18 de agosto de 1994, en lo que respecta a la regulación de las concentraciones masivas en el Centro Histórico de Lima:

“**Artículo Primero.-** Precisar que es de competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la autorización a que se refiere el inciso f) del

artículo 132 de la Ordenanza N° 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima.

Artículo Segundo.- Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas, de acuerdo al plano adjunto que forma parte del presente Decreto y dentro de los alcances de la Ordenanza N° 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima y la Ley de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación N° 24047.

Artículo Tercero.- Encargar el cumplimiento de la presente disposición a PROLIMA en coordinación con las Direcciones Municipales de Desarrollo Urbano, Educación y Cultura, Seguridad Ciudadana, Comercialización y Defensa al Consumidor, Fiscalización y Control, Servicios a la Ciudad y el Comité de Defensa Judicial de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Artículo Cuarto.- Invocar a las autoridades del Ministerio Público, Policía Nacional y Prefectura de Lima, para que dentro de su competencia, presten el apoyo necesario para el cumplimiento del presente Decreto de Alcaldía.”^[4]

8. En consecuencia, el hecho de que los demandantes no hayan cuestionado un acto concreto de aplicación del referido decreto, no es óbice para que el Tribunal Constitucional ingrese en la evaluación de su constitucionalidad, puesto que su naturaleza autoaplicativa, es decir, su potencial aplicabilidad inmediata e incondicionada, da lugar a la amenaza cierta e inminente de que dicha aplicación se verifique, pudiendo dar lugar a la afectación de los derechos fundamentales de los miembros de la recurrente, en caso de que, tras ingresar a evaluar su contenido normativo, se colija su incompatibilidad con el contenido constitucionalmente protegido de alguno(s) de aquellos.

§5. Competencia para evaluar la constitucionalidad del inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N° 062-MML

9. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no siempre la reglamentación de una ley o norma con rango de ley, implica la naturaleza heteroaplicativa de ésta, puesto que el reglamento puede simplemente haber incidido, ejecutivamente, en la precisión o complementación de algún supuesto normativo que, no obstante, en sí mismo, resultaba ya autoaplicativo.

10. Tal es el caso del inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 062-MML en su relación con el Decreto de Alcaldía N° 060-2003. En efecto, el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 062-MML, establece:

“Artículo 132º.- Para regular el tránsito y garantizar la seguridad vial, se deben tomar en cuenta las siguientes medidas: (...) f) No se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados. En tal caso se propondrán vías alternativas.”

Como se observa, el decreto de alcaldía no constituye la vía normativo-ejecutiva de una norma heteroaplicativa, sino la precisión o complementación de su supuesto normativo autoaplicativo, señalando que la proscripción relativa de permitir concentraciones públicas en las vías del Centro Histórico (pues el artículo 132º admite una excepción en caso de eventos tradicionales), se convierte en absoluta en el sector delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas, según reza el artículo 2º del Decreto de Alcaldía 060-2003.

11. En consecuencia, dada la inmediata vinculación (conexidad) entre ambas normas (el inciso f del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 062-MML y el Decreto de Alcaldía N° 060-2003) y su naturaleza autoaplicativa, este Tribunal es competente para ingresar a evaluar la constitucionalidad de ambas.

§6. Presupuestos para la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática

12. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43º de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo 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 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.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia^[5]; 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 esta. Entre estos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º 17 y 30º a 35º, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2º 4), de acceso a la información pública (artículo 2º 5), de asociación (artículo 2º 13) y de reunión, previsto en el artículo 2º 12º de la Carta Fundamental.

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra «herida de muerte».

§7. Definición del derecho fundamental de reunión

13. Concretamente, la recurrente ha alegado la afectación del derecho fundamental de reunión. Dicho derecho se encuentra reconocido en el artículo 2º 12 de la Constitución, conforme al cual,

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...) 12) A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convoquen en plazas o vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.”

14. El derecho de reunión puede ser definido como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y

pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes.

En tal sentido, aunque (como luego podrá observarse con nitidez) los elementos que configuran el derecho de reunión, determinan, sin lugar a dudas, que la libertad de expresión y la libertad de reunión, *strictu sensu*, gocen de un contenido constitucionalmente distinto^[6], la estrecha relación reunión-manifestación, genera una singular vinculación entre ambos, al extremo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha destacado una instrumentalidad mutua, por así decirlo, “de ida y vuelta”. En efecto, en el caso Rekvényi, el referido Tribunal sostuvo que “la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación.”^[7]

Para luego señalar, en el caso Stankov, que “la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión.”^[8]

§8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de reunión

15.El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de reunión viene configurado por la conjunción de una serie de elementos:

- a) Subjetivo: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sople susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2º 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad. Por ello, buenos ejemplos del ejercicio del derecho de reunión son el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores, las marchas de los colectivos a quienes une el sentimiento de repudio frente a una medida adoptada por un poder público, las procesiones organizadas por los miembros de un determinado credo, los mítines coordinados por las agrupaciones políticas, etc.

- b) Temporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2º 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo. De otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de reunión, el ejercicio del derecho de asociación, y el consecuente pacto asociativo, da lugar a la aparición de una entidad jurídica, distinta de las personas que la conforman.
- c) Finalista: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no solo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo éste pretende ser alcanzado. Y es que cuando el artículo 2º 12 de la Constitución alude a que el *modus* de la reunión se materializa “pacíficamente sin armas”, hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública. De esta manera, resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho.
- d) Real o espacial: El derecho de reunión se ejerce en un lugar de celebración concreto. Así, el artículo 2º 12 de la Constitución establece que estos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. La selección del lugar en el que se lleve a cabo la congregación es vital para el libre ejercicio del derecho, puesto que muchas veces éste solo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc. En otras ocasiones, el lugar escogido es representativo de la expresión o manifestación misma a la que la reunión sirve de instrumento. Resulta claro, sin embargo, que la elección del lugar no siempre puede quedar a discreción de la voluntad

del celebrante, pues, en ocasiones, es el lugar escogido el que determina, ante el objetivo riesgo de afectación de determinados bienes constitucionalmente protegidos, la aparición de una causa objetiva y suficiente para restringir o prohibir la reunión.

- e) Eficacia inmediata: El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública.

Pues nada escapa de manera más evidente a la constitucional configuración del derecho *sub examine*. En efecto, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio.

Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que este represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional^[9].

§9. Límites y restricciones al derecho fundamental de reunión

16. El derecho de reunión, sin embargo, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto o ilimitado. Así lo tiene expuesto el propio artículo 2º 12 de la Constitución, cuando permite a la autoridad prohibir su materialización “por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”. Desde luego, cuáles sean esos concretos “motivos probados” o los alcances específicos de lo que deba entenderse por “seguridad pública” o “sanidad pública”, deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar algunas pautas sobre los límites del derecho de reunión.

9.1 Los límites del derecho de reunión a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

17. En primer término, dado que toda disposición constitucional que reconozca un derecho fundamental debe ser interpretada a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), debe tenerse en cuenta, de modo particular, el artículo 15º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos^[10], que establece:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

Cabe, por tanto, concluir que la “seguridad pública” prevista en el artículo 2º 12 de la Constitución como límite del derecho de reunión, no solo queda referida a la seguridad ciudadana, sino también, en los términos de la Convención, a la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, a partir de una interpretación sistemática de los preceptos internos e internacionales sobre la materia, queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución).

9.2. La exigencia de prohibir o restringir el derecho de reunión por “motivos probados”.

18. En todo caso, tal como lo establece el artículo 2º 12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser “probados”. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aun de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Y es que, como ha señalado correctamente nuestro homólogo español, “si existieran dudas sobre si tal ejercicio en un caso determinado puede producir los efectos negativos contra el orden público con peligro para personas y bienes u otros derechos y valores dignos de protección constitucional, aquellas tendrían que resolverse con la aplicación del principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión (*favor libertatis*), sin que baste para justificar su modulación o prohibición la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichos resultados”.^[11]

En tal sentido, debe tenerse presente que la prohibición debe ser la última *ratio* a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto.

Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad).

9.3 El derecho de reunión en tiempos de elecciones

19. El Tribunal Constitucional considera que un factor de indiscutible relevancia al momento de que la autoridad administrativa meritúe los avisos previos de celebración de una reunión en una plaza o vía pública, es el contexto socio-político en el que esta pretenda ser llevada a cabo. En efecto, tal como ha señalado la Defensoría del Pueblo, “la vigencia del derecho de reunión y manifestación es esencial para la existencia de un Estado democrático, pues permite a las personas la libre expresión de sus ideas y opiniones, en especial de naturaleza política.”^[12]

De ahí que los alcances de los límites a este derecho fundamental, deberán resultar particularmente restringidos en tiempos de elecciones, pues son épocas en las que la necesidad de la expresión e intercambio de ideas, tanto de las agrupaciones políticas, en particular, como de la ciudadanía, en general, alcanza su punto más elevado. Las primeras (agrupaciones políticas), actúan en procura de materializar su legítimo derecho pasivo de elección y dar lugar a la alternancia en el poder, y la segunda (ciudadanía), con el ánimo —imprescindible por cierto en una sociedad democrática— de apoyar a su alternativa eleccionaria o, en su caso, de transmitir su disconformidad, parcial o total, con la gestión del gobierno saliente, exponiendo, de esta manera, los cambios que juzga prudentes.

20. No en vano han sido las leyes orgánicas de elecciones las que se han ocupado expresamente del derecho de reunión. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 358º y 359º de la Ley N° 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—:

“Artículo 358º.- El derecho de reunión se ejercita de manera pacífica y sin armas, conforme a las siguientes normas:

- a) En locales cerrados, sin aviso alguno a la autoridad.
- b) En lugares de uso público, mediante aviso dado por escrito con cuarenta y ocho horas de anticipación a la autoridad pública respectiva, indicando el lugar, el recorrido, la hora y el objeto de la reunión o del desfile, en su caso, para el mantenimiento de las garantías inherentes al orden público.

(...)

Artículo 359.- Está prohibido realizar, simultáneamente, más de una manifestación en lugares públicos de una misma ciudad, salvo que se realicen en sectores separados, por más de un kilómetro de distancia. La decisión corresponde a la autoridad política respectiva, la que establece la preferencia de acuerdo con el orden en que se hayan recibido los avisos.”

Se trata de medidas que, por razonables y proporcionales, este Colegiado juzga constitucionales.

21. Es sobre la base de estas premisas que el Tribunal Constitucional ingresa a evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del inciso f) del artículo 132 de la Ordenanza N° 062-MML y del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.

§10. Análisis de constitucionalidad del inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML

22. Como quedó dicho, el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza N.º 062-MML, establece:

“No se permiten las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados. En tal caso se propondrán vías alternativas.”

El área comprendida por el denominado Centro Histórico se encuentra descrita en el artículo 25º de la Ordenanza N.º 062-MML.

10.1 Principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros para determinar la validez de los límites a los derechos fundamentales

23. La razón fundamental alegada por la MML para justificar la proscripción de cualquier tipo de congregación de personas en el Centro Histórico de Lima (con la excepción prevista en el artículo 25º: “salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados” [sic]), es su declaración como patrimonio cultural de la humanidad (UNESCO: 12 de diciembre de 1991). En tal medida, sostiene que la disposición se encuentra amparada por el artículo 21º de la Constitución^[13].

24. Este Tribunal ha tenido ocasión de resaltar la vital importancia de la Constitución cultural, de los derechos culturales y del patrimonio cultural^[14]. En efecto, se ha destacado que el artículo 21º de la Constitución, junto con su artículo 1º (que reconoce el respeto por la dignidad humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado) y 2º 19 (que reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural), “constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias.”^[15]

En atención a ello, no puede caber la menor duda de la necesidad de brindar a nuestro patrimonio cultural (material e inmaterial) la máxima protección necesaria, a efectos de que quede garantizado no solo su valor histórico, sino también el valor intrínseco que, en comunión con otros factores, dota de identidad y unidad a nuestra nación.

25. Sin embargo, como no podría ser otro modo, con el mismo énfasis, este Colegiado ha sostenido que la obligación de respetar, reafirmar y promover las manifestaciones culturales (incluyendo, desde luego, el patrimonio cultural), debe desarrollarse siempre “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora.”^[16]

En tal sentido, no puede permitirse que so pretexto de relevar ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respeto del principio interpretativo de concordancia práctica^[17].

Esto, que es exigible a la generalidad de las personas (artículo 38º de la Constitución^[18]), lo es, sin duda, en mayor grado, a quienes ejercen el poder que emana del pueblo (artículo 45º de la Constitución^[19]).

26. Así las cosas, no se encuentra en tela de juicio el poder-deber de la MML de adoptar todas las medidas necesarias para preservar el Centro Histórico de Lima como Patrimonio Cultural de la Humanidad. Ocurre, sin embargo, que si dichas medidas restringen desproporcionadamente los derechos fundamentales, deberán ser declaradas inconstitucionales.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales.

10.2 Aplicación del test de proporcionalidad a la norma

27. Siendo una norma de alcance general, cuando el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza N.º 062-MML, establece que “no se permiten, las concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados”, parte de la idea, *per se*, de que toda reunión en el Centro Histórico, con excepción de los eventos tradicionales, constituyen una amenaza cierta a su integridad monumental, y consecuentemente, a la regla de orden público representada en la necesidad de preservar los bienes públicos, máxime si constituyen patrimonio cultural material, cuyo respeto conlleva, a su vez, el respeto al

derecho fundamental a la cultura en su faz subjetiva y objetiva (artículo 2º 8 de la Constitución).

¿Puede llegarse a esa conclusión sin tener en cuenta los antecedentes y capacidad organizativa de las personas o entidad celebrante, las garantías que ofrece, la cantidad aproximada de personas que participarán, el itinerario o lugar específico en el que se llevará a cabo, la fecha y hora de celebración, su objeto, etc.?

El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es negativa. Y es que resulta evidente que la norma no supera el *test* de proporcionalidad^[20], puesto que si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura), sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última *ratio* a la que debe acudir la autoridad administrativa.

28. Este Colegiado comparte la preocupación de la MML de proteger el Centro Histórico, y comprende que la prohibición general de permitir reuniones en dicha área sea quizá, junto con otros factores, una de las medidas más sencillas para lograr tal cometido. Sucede, sin embargo, que es tan sencilla como inválida. Pues su adopción olvida que todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el “límite de los límites”, es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, manteniendo incólume, en todo caso, el contenido esencial de dichos derechos. Olvida el deber especial de protección de los derechos fundamentales que orienta la actuación de todo poder (público o privado)^[21]. Olvida, en fin, que fue el derecho de reunión ejercido, justamente, en el Centro Histórico de Lima, por quienes conocen la manifestación pacífica que le es inherente, el que, de la mano del resurgimiento de otros valores constitucionales, permitió derrocar las dictaduras, incluyendo la de la década pasada.

10.3 Las vías públicas como sede constitucionalmente reconocida para el ejercicio del derecho de reunión y la inconstitucionalidad del requisito de autorización previa

29. Al expedir el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 062-MML no se ha tenido en cuenta que la declaración como patrimonio cultural del Centro Histórico no ha relevado a sus calles y avenidas de la condición de vías públicas, expresamente reconocidas por el constituyente como lugares habilitados para el válido ejercicio del derecho de reunión.
30. Sobre el particular, no escapa a la consideración de este Colegiado que las vías públicas, son también, por antonomasia, áreas destinadas al ejercicio de otro derecho fundamental: el de libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución). Empero, la inevitable restricción a este que una congregación llevada a cabo en una vía pública generará, en ningún caso, por sí sola, podrá considerarse causa suficiente para prohibir el ejercicio del derecho de reunión. Y es que, tal como tiene expuesto el Tribunal Constitucional español, en criterio que este Colegiado comparte, “En una sociedad democrática, el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación.”^[22]
31. Adicionalmente, no es posible soslayar que incluso al supuesto exceptuado de la prohibición absoluta de reuniones en el Centro Histórico (los eventos tradicionales), se le ha sometido al requisito de autorización previa, a pesar de que, tal como se ha sostenido en el Fundamento 15 e), *supra*, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y, por consiguiente, no está supeditado a la autorización antelada de ninguna autoridad, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir su ejercicio por razones constitucionalmente justificadas.
32. Por todos estos motivos, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML, motivo por el cual, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138º de la Constitución, lo declara inaplicable.

§11. Análisis de constitucionalidad del Decreto de Alcaldía N° 060-2003

33. El artículo 1º del Decreto de Alcaldía N° 060-2003, establece: “Precisar que es de competencia de la Municipalidad Metropolitana de Lima, la autorización a que se refiere el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza N° 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima.”

Por su parte, la MML en la contestación de la demanda, ha sostenido:

“No resulta ser función de la Municipalidad Metropolitana de Lima autorizar o garantizar las reuniones públicas, dado que ello corresponde a la Prefectura de Lima, de acuerdo al numeral 4) del artículo 17° del Reglamento de Organización y Funciones de las Autoridades Políticas, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-91-IN”(sic).

Se trata, como resulta evidente, de dos afirmaciones manifiestamente contrapuestas.

34. Empero, más allá de esta incomprensible contradicción, aquí el problema constitucional es otro. Y es que el referido artículo 1º se ampara en una disposición que, como quedó dicho, resulta manifiestamente inconstitucional, entre otros motivos, por someter a un requisito de autorización previa el derecho fundamental de reunión. En tal sentido, desde luego, el vicio de inconstitucionalidad del inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 062-MML, se extiende al artículo 1º del Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, por lo que corresponde su inaplicación.
35. Por otra parte, de conformidad con los artículos 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 370 —Ley del Ministerio del Interior—, dicho Ministerio es el Organismo Público Rector, entre otras, de las actividades de gobierno interno y de seguridad interna. Entre las autoridades políticas de la Dirección General de Gobierno Interior (órgano ejecutivo del Ministerio del Interior), encargadas de representar al Poder Ejecutivo en el ámbito de su jurisdicción, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y velar por el orden interno, con el apoyo de las Fuerzas Policiales (artículo 24º del Decreto Legislativo N° 370), se encuentran los Prefectos, quienes tal como lo dispone el inciso 4) del artículo 17º del Decreto Supremo N.º 004-91-IN —Reglamento de Organización y Funciones de las Autoridades Políticas—, tienen por función:

“Autorizar la realización de concentraciones públicas”.

Tal como se aprecia, esta norma (el inciso 4 del artículo 17º del Decreto Supremo N° 004-91-IN), incurre también en un vicio de inconstitucionalidad al pretender que el derecho de reunión sea sometido a un requisito de autorización previa, razón por la cual este Tribunal se encuentra facultado para declarar también su inaplicación. Empero, se abstiene de hacerlo a efectos de evitar la ausencia de una autoridad competente para conocer los avisos previos de celebración de reuniones en plazas o vías públicas.

Sin embargo, este Colegiado ordena al Ministerio del Interior la inmediata reforma de dicha disposición, la cual, entretanto, deberá ser interpretada, de conformidad con la Constitución, esto es, en el sentido de que es competencia de la Prefectura restringir o prohibir el derecho de reunión, solo cuando existan causas objetivas, suficientes y fundadas que lo justifiquen, de conformidad con los lineamientos de esta sentencia.

36. El artículo 2º del Decreto de Alcaldía N° 060-2003, dispone:

“Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas (...).”

Pretende, en consecuencia, la prohibición absoluta de ejercer el derecho de reunión en las vías públicas (únicas a las que puede hacer referencia el término técnico “zona rígida”) del área perteneciente al Centro Histórico de Lima, delimitada por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir estas. Se advierte, pues, una prohibición al ejercicio del derecho de reunión carente de toda proporcionalidad, pues lejos de permitir analizar las concretas circunstancias de cada caso para determinar si, a la luz de ellas, dicha prohibición se justifica o no, pretende proyectar dicha prohibición con efectos generales, sin causa objetiva, suficiente y fundada que la ampare.

Así las cosas, no cabe más que aplicar, *mutatis mutandis*, idéntico razonamiento al que fue expuesto en los Fundamentos 27 a 30, *supra*, con relación al inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N° 032-MML, y declarar inaplicable, por inconstitucional, el artículo 2º del Decreto de Alcaldía N° 060-2003; así como sus artículos 3º y 4º, por conexión.

§12.Posibilidad de prohibir o restringir el ejercicio del derecho de reunión en el Centro Histórico de Lima evaluando las circunstancias concretas de cada caso

- 37.Lo expuesto, desde luego, no significa que atendiendo a las particulares circunstancias de cada caso, el derecho de reunión en el Centro Histórico, no pueda ser restringido o, en su caso, prohibido, máxime teniendo en cuenta su condición de Patrimonio Cultural de la Humanidad. Estas medidas preventivas, por ejemplo, podrían tener lugar si existen objetivas

pruebas (no meras sospechas) de la tendencia violentista de las personas o dirigentes de la entidad organizadora^[23]; si existe otra reunión programada en un lugar próximo en la misma fecha^[24]; si distintas reuniones son convocadas reiteradamente en un mismo lugar, comprometiendo, objetivamente, su preservación y su ornato; si la cantidad de gente convocada, con certeza, superará la capacidad del lugar o de las vías propuestas como itinerario; entre otros.

38. Por otra parte, tomando en cuenta la estrechez de diversas calles pertenecientes al área del Centro Histórico, la congestión vehicular que, en determinadas horas, le es característica, y los diversos locales comerciales que en él existen, resultaría plenamente constitucional que la autoridad administrativa restrinja los horarios específicos en los que el derecho de reunión pueda ser ejercido en el referido Centro, de manera tal que en aras de optimizar la protección de este derecho no se culmine por afectar desproporcionadamente otros derechos fundamentales, como la libertad de tránsito, la de empresa, entre otros.
39. Asimismo, la Policía Nacional puede adoptar las medidas represivas estrictamente necesarias, frente a aquellas reuniones en plazas o vías públicas en las que los celebrantes no hayan cumplido con el requisito de avisar previamente a la autoridad competente el objeto, lugar o recorrido, fecha u hora de la misma. Pues no puede olvidarse que dicho aviso es el requisito imprescindible para que las autoridades asuman todas las medidas necesarias, desplegando su máximo esfuerzo, para prevenir y, de ser el caso reprimir, razonable y proporcionalmente, la afectación de bienes públicos o privados o la afectación de los derechos fundamentales de terceros o de los propios celebrantes.
40. También cabría restringirse la reunión si esta afecta, manifiestamente, las normas administrativas encargadas de regular los niveles máximos permitidos de incidencia acústica^[25], con la consecuente afectación del derecho fundamental a la tranquilidad y a gozar de un medio adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2º 22 de la Constitución).
41. Por otra parte, deberá procederse a la inmediata detención de toda persona que atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada (artículo 315º del Código Penal); la que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe (artículo 316º del Código Penal); la que atenta contra el transporte público (artículo

280º del Código Penal); la que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento de los transportes en una vía pública ajena al lugar o recorrido programado para la reunión (artículo 283º del Código Penal); y, en fin, la que incurra en cualquier atentado contra el orden público, los bienes o las personas, que se encuentre tipificado como delito.

En el caso específico del Centro Histórico, al haber sido declarado Patrimonio Cultural de la Humanidad, debe tenerse en cuenta que el artículo 230º del Código Penal establece:

“El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días multa.”

42. Finalmente, no debe olvidarse tampoco que el artículo 166º del Código Penal establece una pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta días-multa a quien, con violencia o amenaza, impide o perturba una reunión pública lícita; que el artículo 167º dispone que el funcionario público que abusando de su cargo no autoriza, no garantiza, prohíbe o impide una reunión pública, lícitamente convocada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a dos años conforme el artículo 36º, incisos 1, 2 y 3 del Código Penal; y que el artículo 3º de la Ley N° 27686, estipula — como, por lo demás, se desprende del propio artículo 166º de la Constitución—, que la Policía Nacional está obligada a garantizar el ejercicio del derecho constitucional de reunión, así como de impedir la perturbación del orden público o restablecerlo, respetando plenamente los derechos humanos y las leyes de la República.
43. Las leyes penales, por tanto, asumen un equilibrio entre los bienes constitucionales comprometidos, del que se aleja el inciso f) del artículo 132º de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003.
44. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario que se expida, en breve plazo, una ley encargada de regular el ejercicio del derecho de reunión, la autoridad competente para conocer los avisos previos en los supuestos de reuniones celebradas en plazas y vías públicas, los plazos para notificar las causas fundadas para restringir o prohibir la celebración del evento,

sus límites, etc.; motivo por el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 107° de la Constitución, este Tribunal propone al Congreso de República dictar la ley respectiva, teniendo en cuenta los fundamentos de esta sentencia.

45. Mientras ello no ocurra, sin perjuicio de tener presentes los criterios expuestos en esta sentencia, este Colegiado considera que cabe una interpretación contextualmente extensiva de los artículos 358° y 359° de la Ley N° 26859 –Ley Orgánica de Elecciones–^[26], y considerar que no solo resultan aplicables en el período electoral, sino, incluso, en épocas no electorales.

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

HA RESUELTO

- De conformidad con los Fundamentos 22 a 36, *supra*, en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, previsto en el artículo 138° de la Constitución, declarar inaplicables, por inconstitucionales, el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N° 062-MML y el Decreto de Alcaldía N° 060-2003.
- Declarar **FUNDADA** la demanda, y, en consecuencia, ordena a la emplazada y a las autoridades administrativas que resulten competentes, abstenerse de aplicar el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N° 060-2003, pudiendo restringir o prohibir el ejercicio del derecho de reunión, sólo si, de conformidad con los fundamentos de esta sentencia, en atención a las circunstancias concretas de cada caso, existen razones objetivas, suficientes y fundadas para ello.
- Declarar que, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst., constituye precedente vinculante el criterio conforme al cual, en ningún caso el ejercicio del derecho de reunión, previsto en el artículo 2° 12 de la Constitución, puede ser sometido al requisito de autorización previa por parte de la autoridad administrativa (Fundamentos 15 e. y 18), la cual solo podrá restringirlo o prohibirlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso y solo por razones objetivas, suficientes y fundadas, según ha quedado expuesto en los fundamentos de esta sentencia.

- De conformidad con el Fundamento 35, *supra*, se ordena al Ministerio del Interior la inmediata reforma del inciso 4) del artículo 17° del Decreto Supremo N° 004-91-IN, el cual, entretanto, deberá ser interpretado de conformidad con la Constitución; esto es, en el sentido de que es competencia de la Prefectura restringir o prohibir el derecho de reunión, solo cuando existan causas objetivas, suficientes y fundadas que lo justifiquen, en atención a los lineamientos de esta sentencia.
- En observancia del artículo 107° de la Constitución, y tal como ha quedado dicho en el Fundamento 44, *supra*, este Tribunal propone al Congreso de la República expedir una ley encargada de regular el ejercicio del derecho de reunión, la autoridad competente para conocer los avisos previos en los supuestos de reuniones celebradas en plazas y vías públicas, los plazos para notificar las causas fundadas para restringir o prohibir la celebración del evento, sus límites, etc., teniendo en cuenta los fundamentos de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
LANDAARROYO**

- Cfr.* STC 0830-2000-AA, Fundamento 2; STC 1311-2000-AA, Fundamento 1; RTC 2308-2004-AA, Fundamentos 4 y 5; entre otras.
- Además de las citadas precedentemente, *Cfr.* STC 0504-2000-AA, Fundamento 2; STC 0300-2002-AA y otros (acumulados), Fundamento 1; STC 2670-2002-AA, Fundamento 2; STC 0487-2003-AA, Fundamento 2; STC 2302-2003-AA, Fundamento 7; entre otras.
- Vid.* STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI (acumulados), Fundamento 15.
- Decreto del Alcaldía N.º 060, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de enero de 2003.
- La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático” (STC 0042-2004-AI, Fundamento 3), en la medida que “el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no solo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna” (Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1977. p. 141).
- El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión ha sido desarrollado por este Tribunal, fundamentalmente, en la STC 0905-2001-AA.

- [7] Sentencia del TEDH, caso Rekvényi, del 20 de mayo de 1999, párrafo 58.
- [72][8] Sentencia del TEDH, caso Stankov, del 13 de febrero de 2003, párrafo 85.
- [9] Sobre el particular, debe recordarse cómo —tal como lo exhortara la Defensoría del Pueblo es su Resolución Defensorial N.º 039-DP-2000, que aprobó el informe defensorial sobre el derecho de reunión y manifestación en forma pacífica, con antelación a la realización de la denominada “Marcha de los cuatro suyos”, realizada el 28 de julio de 2000—, mediante Resolución Ministerial N.º 0180-2001-IN-0102, de fecha 10 de febrero de 2002, se modificó el ítem 5 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior en lo relativo a la Dirección General de Gobierno Interior (Sede Central, Prefecturas, Subprefecturas y Gobernaciones), aprobado por Decreto Supremo N.º 001-2000-IN, que, inconstitucionalmente, sometía a una previa autorización el ejercicio del derecho de reunión.
- [10] Sin que por ello deban desatenderse los artículos de los otros tratados internacionales sobre derechos humanos que se ocupan del derecho *in comento*; a saber: el artículo 20º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 27º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 21º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- [11] Sentencia del Tribunal Constitucional español. N.º 195/2003, Fundamento 7.
- [12] Resolución Defensorial N.º 039-DP-2000, Considerando Primero.
- [13] Artículo 21º de la Constitución.- “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.”
Cfr. STC 0042-2004-AI, Fundamentos 1 a 5; y STC 0020-2005-AI / 0021-2005-AI (acumulados), Fundamentos 81 a 111.
- [14] Cfr. STC 0042-2004-AI, Fundamentos 1 a 5; y STC 0020-2005-AI / 0021-2005-AI (acumulados), Fundamentos 81 a 111.
- [15] Vid. STC 0042-2004-AI, Fundamento 1.
- [16] Idem, Fundamento 2.
- [17] Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; STC 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15; STC 5854-2005-AA, Fundamento, 12.
- [18] Artículo 38º de la Constitución.- “*Todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución (...).*”
- [19] 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. (...).*”
- [20] Vid. STC 0016-2002-AI, Fundamentos 6 a 10; STC 0001-2003-AI / 0003-2003-AI (acumulados), Fundamento 4; STC 0008-2003-AA, Fundamentos 51 a 55; STC 0017-2004-AI, Fundamentos 6 a 8; STC 0019-2005-AI, Fundamentos 43 a 50; STC 0708-2005-AI, Fundamentos 9 a 11; entre otras.
- [21] Vid. STC 0858-2003-AA, Fundamento 5 y ss.; STC 1219-2003-HD, Fundamento 11 y ss.; entre otros.
- [22] Sentencias del Tribunal Constitucional español Nros. 66/1995, Fundamento 3; 195/2003, Fundamento 9.
- [23] Para tales efectos debe tenerse en cuenta la Ley N.º 27686, en su artículo 4º, establece que “[l]os registros fotográficos y/o filmicos auténticos de manifestaciones públicas en las que puede individualizarse a los autores de actos de violencia, lesiones o daño a la propiedad privada y/o pública, constituyen elemento probatorio.”
- [24] Vid. el artículo 359º de la Ley N.º 26859: “Está prohibido realizar, simultáneamente, más de una manifestación en lugares públicos de una misma ciudad, salvo que se realicen en sectores separados por más de un kilómetro de distancia. La decisión corresponde a la autoridad política respectiva, la que establece la preferencia de acuerdo con el orden en que se hayan recibido los avisos.”
- [25] Vid., entre otras normas, el Decreto Supremo N.º 085-2003-PCM, que aprueba el reglamento de estándares nacionales de calidad ambiental para ruido.
- [26] Cfr. Fundamento 20, *supra*.

12. STC N° 4227-2005-PA, CASO ROYAL GAMING S.A.C

Nro. de STC	4227-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	ROYAL GAMING S.A.C.
Demandado	Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y otros
Fecha de Publicación en la Página Web	10 de febrero del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	15 de febrero del 2006
Fundamentos Vinculantes	43
Contenido del Precedente	1. Se confirma la constitucionalidad de normas y resoluciones relacionadas con el impuesto a los casinos y máquinas tragamonedas (artículo 17º y Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley ° 27796; Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 009-2002/MINCETUR; Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT, y Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT).
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

EXP. N° 4227-2005-PA/TC
LIMA
ROYAL GAMING S.A.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de febrero 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, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Royal Gaming S.A.C. contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 692, su fecha 17 de enero de 2005, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de enero de 2004, Royal Gaming S.A.C. interpone demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Tribunal Fiscal, a fin de que se dejen sin efecto : **a)** la Resolución N° 05641-5-2003, expedida por el Tribunal Fiscal; **b)** las órdenes de pago N° 011-001-0006177 a 011-001-0006181 y 011-001-0005593, por ampararse en normas incompatibles con la Constitución, al estar referidas a la aplicación retroactiva de la base imponible del impuesto al juego de casino y máquinas tragamonedas, así como la autodelegación legislativa y la fijación por parte de la SUNAT del límite del 0.05% como monto máximo de descuento de gastos. Como consecuencia de su pretensión principal, y como pretensión accesoria, solicita que se declaren inaplicables al caso concreto : **c)** el artículo 17° de la Ley N° 27796, que sustituye el artículo 38° de la Ley N° 27153; **d)** la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N° 27796; **e)** la Tercera Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley N° 27796, Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR; **f)** la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT; y, **g)** la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT. Pretende, además, que no se le determine, acote, exija, cobre o embargue el impuesto a los juegos de casinos y máquinas tragamonedas por ningún período fiscal.

Alega que la vigencia y aplicación de dichas normas vulnera sus derechos constitucionales a la propiedad, de iniciativa privada y libertad de empresa, y los principios constitucionales de no confiscatoriedad, de irretroactividad de la ley, de legalidad y de facultad de delegación en materia legislativa. Manifiesta que la Ley N° 27796 es incompatible con la Constitución y contraria a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria, toda vez que para la determinación de la base imponible sólo permite deducir como gasto aquel que corresponde exclusivamente a los gastos por mantenimiento de máquinas tragamonedas y juegos de casino, sin considerar como gasto deducible todos aquellos que inciden directamente en la generación del ingreso, tales como gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, atención a clientes, entre otros, los cuales son aceptados y reconocidos por normas internacionales de contabilidad. Expresa que para la deducción de los gastos de mantenimiento, éstos no deben exceder del 2% del ingreso neto mensual, lo cual constituye una arbitrariedad que grava el patrimonio y no el resultado derivado de la explotación de las máquinas. Señala, además, que la alícuota del 12% aplicada sobre una base imponible establecida casi sobre los ingresos brutos, determina que el monto a pagar resulte excesivo y carente de razonabilidad, y que la Ley N° 27796 contraviene el principio de irretroactividad de las normas, ya que permite que se aplique el impuesto del 12% sobre obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a su entrada en vigencia; es decir, antes del 27 de julio del 2002. Asimismo, refiere que se ha delegado a la SUNAT la facultad de legislar y fijar el monto máximo de deducción de gastos de atención, el cual fue fijado en 0.05%, lo cual no tiene sustento técnico y vulnera el principio de legalidad, pues en materia tributaria solo puede legislarse mediante normas con rango de ley.

La Procuradora Pública *Ad Hoc* para los procesos judiciales relacionados con los Casinos de Juego y Máquinas Tragamonedas propone la excepción de litispendencia y contesta la demanda solicitando que sea desestimada. Expresa que la Ley N° 27796 ha sido expedida conforme a las recomendaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, subsanando los vicios de inconstitucionalidad que afectaban la Ley N° 27153, resultando válido exigir y acotar el tributo que grava la actividad de conformidad con lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796. Alega, además, que la SUNAT se encuentra facultada para actuar mediante remisión normativa, por lo que la Décima Disposición Transitoria de la Ley N° 27796 no atenta contra el principio de legalidad.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) contesta la demanda y manifiesta que la Ley N° 27796 se adecua a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, habiendo determinado en forma expresa en la propia sentencia los efectos de su decisión en el tiempo, y declarado inconstitucional no el impuesto, sino dos de sus elementos : la base imponible y la alícuota que lo grava. Expresa que con las modificaciones introducidas por la Ley N° 27796 – como la posibilidad de deducir los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas– se han superado los vicios de inconstitucionalidad que el Tribunal encontró en la Ley N° 27153. Alega que el argumento de la recurrente, por el que pretende incluir todo tipo de gastos deducibles (remuneraciones, tributos, servicios de agua, luz, teléfono, alquiler, entre otros) carece de sustento, y que lo que realmente pretende es gozar de manera indebida de un doble beneficio tributario, pues en la Ley del Impuesto a la renta ya se encuentran previstos todos los gastos deducibles para establecer la renta neta de tercera categoría.

El Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas propone las excepciones de incompetencia, de falta de legitimidad para obrar, de litispendencia y de prescripción, y contesta la demanda manifestando, por un lado, que ésta resulta improcedente, en tanto se cuestiona en abstracto diversos dispositivos de la Ley N° 27796; y, de otro, porque la materia controvertida ya ha sido dilucidada por el Tribunal Constitucional, circunscribiéndose dicha ley a lo resuelto por el Supremo Tribunal.

El Cuadragésimo Cuarto Juzgado en lo Civil de Lima, con fecha 27 de mayo de 2004, desestimó las excepciones propuestas, declaró fundada, en parte, la demanda, y en consecuencia, inaplicables al caso concreto el numeral 38.2, inciso b) del artículo 38° de la Ley N° 27153, sustituido por el artículo 17° de la Ley N° 27796; las órdenes de pago N.ºs 011-001-0006177, 011-001-0006178, 011-001-0006179, 011-001-0006180, 011-001-0006181 y 011-001-0005593, las cuales deja sin efecto, así como la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 05641-5-2003, del 1° de octubre de 2003, y dispone que a la recurrente no se le exija, cobre o embargo en base a las referidas órdenes de pago. Asimismo y respecto de la pretensión de que se declaren inaplicables la Décima Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT, y la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, tal extremo de la demanda resulta improcedente, toda vez que no han sido aplicadas al caso concreto, careciendo de objeto pronunciarse respecto de la vulneración de los principios de legalidad y facultad de delegación en materia legislativa.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por estimar que ninguna de las disposiciones cuestionadas por la recurrente, y en particular la Ley N° 27796, implica la afectación de los derechos constitucionales invocados, ni es contraria a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria; porque las reglas contenidas en el artículo 17° de la Ley N° 27796 no convierten al impuesto en confiscatorio, sino que representan formas legítimas para desalentar una actividad considerada no estratégica por el Estado, y porque la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003-/SUNAT, así como la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, no han sido aplicadas al caso concreto.

FUNDAMENTOS

Consideraciones Preliminares

1. La potestad tributaria del Estado, regulada en el artículo 74° de nuestro Texto Constitucional, se constituye como un ámbito reservado al legislador para crear tributos mediante leyes o decretos legislativos, encontrándose dicha facultad sujeta al respeto de los principios de reserva de ley, igualdad y los derechos fundamentales de la persona; encontrándose proscrita la confiscatoriedad tributaria.
2. De otro lado, como lo ha sostenido este Tribunal en el FJ. N° 27 de la STC N.º 0004-2004-AI/TC, “nuestra Carta Política no ha constitucionalizado (o a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales”. Así, siempre y cuando el legislador conserve los lineamientos establecidos en la Constitución, podrá gravar determinadas manifestaciones o fuentes de riqueza sustentando para ello la naturaleza, medios y fines del tributo.
3. En el presente caso, conforme a lo establecido por este Colegiado mediante la STC N° 0009-2001-AI/TC, el Impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas resultaba inconstitucional en cuanto a la forma de determinación de la alícuota establecida en los artículos 38.1° y 39° de la Ley N° 27153, pues gravaba el 20% de la base imponible constituida por la ganancia bruta mensual, resultante entre el ingreso total percibido en un mes de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados en dicho mes, sin incluir la deducción de los gastos realizados para la obtención de las utilidades, como pago a cuenta del impuesto a la renta.

4. Dicha situación fue modificada mediante los artículos 17° y 18° de la Ley N° 27796, publicada el 26 de junio del 2002, variándose de este modo la base imponible del citado tributo, reduciéndose la tasa de la alícuota de 20% al 12%, e incorporándose la posibilidad de deducir gastos de mantenimiento, adecuándose a los criterios sentados por este Tribunal.

El artículo 17° y la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796

5. La recurrente cuestiona el artículo 17° de la Ley N° 27796 –que sustituye el artículo 38° de la Ley N° 27153– y establece la base imponible del impuesto a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas, así como la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796, que establece que la tasa del 12% será de aplicación desde la fecha de vigencia de la Ley N° 27153. Alega que no existe norma legal ni constitucional que permita la aplicación retroactiva de la ley tributaria, por lo que la actuación de la administración respecto de la aplicación de la nueva base y tasa del impuesto contenidas en la Ley N.° 27796 resulta inconstitucional e ilegal, ya que viola los principios de irretroactividad y de temporalidad de la ley. Expresa, además, que en virtud del principio de irretroactividad de las leyes tributarias, así como de lo dispuesto por el artículo 204° de la Constitución, las sentencias de este Tribunal que declaran la inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma legal, carecen de efectos retroactivos, por lo que dicho principio no puede ser soslayado a través de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional amparado en una norma legal de inferior jerarquía que la Constitución; por tanto, la aplicación retroactiva de la nueva base imponible y tasa del impuesto prevista por la Ley N° 27796 deviene inconstitucional e ilegal.
6. Conforme se aprecia de la demanda, lo que principalmente cuestiona la demandante, por considerarlo violatorio del principio de no retroactividad de las normas, es el sentido de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, que dispone la regularización del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, al establecer que

La tasa establecida en el artículo 39°, modificado por la presente Ley, será de aplicación desde la fecha de vigencia de la Ley 27153, quedando sin efecto la tasa del 20% del impuesto establecido anteriormente. Los montos pagados o devengados en aplicación de la tasa anterior serán afectados por la nueva tasa y nueva base imponible. Las deudas acumuladas serán calculadas con la tasa vigente a partir de la vigencia de la presente Ley y los pagos efectuados constituirán créditos para la aplicación de la nueva tasa [...].

7. Sobre el particular, importa señalar que, si bien es cierto que, mediante la STC N.° 009-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los artículos 38.1° y 39° de la Ley N° 27153, sin embargo, ello no implica que la recurrente se encuentre exonerada del pago del tributos, sino que los mismos deben regularse en función a una nueva base imponible y alícuota del impuesto.
8. Es así que, mediante la resolución de aclaración recaída en la mencionada sentencia, este Colegiado dispuso, en el tercer considerando, que visto el vacío, del cual este Tribunal no es responsable, las empresas dedicadas a la explotación de los juegos de casino y tragamonedas deberán sujetarse a lo que –mientras no entre en vigencia la ley definitiva– el Congreso establezca en una norma transitoria y, en su defecto, deberán seguir entregando al ente recaudador –hasta el 31 de diciembre del 2002- un monto igual al del impuesto de la Ley 27153, precisando, sin embargo, que dicha entrega no constituye pago en su totalidad, ni surte los efectos del pago respecto al íntegro del monto entregado, pues este deberá regularizarse conforme a las reglas establecidas en el Fundamento 16 de la sentencia, una vez promulgada la nueva ley”.
9. Lo dispuesto por el Tribunal Constitucional no afecta en modo alguno el principio de no retroactividad de las normas en materia tributaria, dado que éste se basa en el entendido de la no afectación a una capacidad contributiva ya agotada, que no puede invocarse en estos casos, pues el fallo de este Colegiado no dispuso la exención de pago alguno, sino que, habiéndose producido el hecho gravado, el mismo debía recalcularse conforme a una nueva base imponible y alícuota justa, más beneficiosa para la recurrente, como efectivamente ha ocurrido.
10. Evidentemente, como quiera que al día siguiente de la publicación de la STC N° 009-2001-AI/TC no existía aún en el ordenamiento jurídico norma alguna que regulara el pago del referido impuesto en base a las nuevas reglas constitucionales, se produjo una *vacatio legis*, que justificó lo dispuesto en la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, a la que se ha hecho referencia en el Fundamento N° 8, *supra*; y que, en virtud al carácter vinculante, fuerza de ley y cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad, debía ser cumplida en dichos términos por todos los poderes públicos. Asimismo, importa señalar que, de acuerdo al artículo 204° de la Constitución, la norma declarada inconstitucional queda sin efecto a partir del día siguiente de su publicación, salvo en el caso de materia tributaria, permitiéndose la declaratoria con efecto retroactivo, en concordancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 74° de la propia Constitución y el artículo 81° del

Código Procesal Constitucional –antes, artículos 36º y 40º de la Ley Orgánica de este Colegiado–. En consecuencia, tratándose de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas tributarias por transgresión del artículo 74º de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado para modular los efectos de sus sentencias en el tiempo, conforme lo dispuso en la STC N° 009-2001-AI/TC, de manera que carece de sustento el cuestionamiento hecho por la recurrente respecto al ejercicio de tal facultad.

11. De otro lado, conforme a lo expuesto en el fundamento 4 *supra*, mediante los artículos 17º y 18º de la Ley N° 27796 se modificó la base imponible y se redujo la alícuota del 20% al 12% del impuesto materia de análisis, incorporando la posibilidad de deducir gastos por mantenimiento ascendentes al 2% del ingreso mensual, de conformidad con lo dispuesto en la STC N° 009-2001-AI/TC.
12. Al respecto, la recurrente expresa que el artículo 17º de la Ley N° 27996 es incompatible con la Constitución, por cuanto solo permite deducir como gasto aquel que corresponde exclusivamente a los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas y juegos de casino, sin considerar como gastos deducibles todos aquellos que inciden directamente en la generación del ingreso, tales como gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, atención al cliente, entre otros. Asimismo, alega que el límite del 2% del ingreso neto mensual para la deducción de los gastos por mantenimiento de las máquinas tragamonedas y medios de juego de casinos resulta arbitrario.
13. Sobre el particular, cabe precisar que lo que la recurrente solicita es la evaluación en abstracto de tal disposición, lo cual no es posible mediante el proceso de amparo, destinado a la protección de derechos constitucionales y en el que la demandante debe, mínimamente, demostrar ejercer la titularidad de los derechos cuya vulneración invoca.
14. En ese sentido, conforme se observa de autos, la recurrente no ha demostrado de manera fehaciente que, a consecuencia de las disposiciones que cuestiona, se hayan vulnerado sus derechos constitucionales. En efecto, carece de sustento sostener afectación de derecho constitucional alguno sobre la base del sistema de deducciones y el límite que al mismo ha dispuesto el legislador para el caso del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, ya que *las deducciones permitidas para cada tipo de impuestos deben guardar razonable relación con la particular naturaleza del mismo*.
15. De modo que no puede pretenderse que un impuesto a la explotación, como en el presente caso, deba recibir exactamente el mismo trato respecto de las

deducciones admitidas para el caso del impuesto a la renta, las cuales, respondiendo al *principio de causalidad*, permiten la deducción de aquellos gastos necesarios para producir y mantener la fuente, esto es, la actividad generadora de renta, conforme expresamente lo dispone el artículo 37º de la Ley de Impuesto a la Renta. En otras palabras, lo que finalmente pretende la empresa demandante es recibir doblemente el beneficio de la deducción de los gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, que ya le son permitidos para el caso del impuesto a la renta.

16. Así, de fojas 5 a 9, y 11 de autos se comprueba que las órdenes de pago cuestionadas fueron calculadas conforme a la nueva tasa regulada en el artículo 39º de la Ley N° 27153, modificada por la Ley N° 27796, lo cual resulta acorde con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 009-2001-AI/TC, así como en su resolución aclaratoria.

La Décima Disposición Transitoria de la Ley N° 27796

17. Dicha disposición establece que, para efectos del impuesto a la renta, la SUNAT determinará el porcentaje máximo de deducción en que incurra el operador de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas en los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas que de manera gratuita entregue a los clientes.
18. La recurrente alega que se ha delegado a la SUNAT la facultad de legislar y fijar el monto máximo de deducción de gastos de atención, el cual fue fijado en 0.05%, lo cual no tiene sustento técnico y vulnera el principio de legalidad, toda vez que en materia tributaria solo puede legislarse mediante normas con rango de ley.
19. Este Tribunal ya se ha referido, en reiterada jurisprudencia, a las relaciones ley y reglamento, y ha establecido que es completamente permisible la regulación por remisión, siempre y cuando lo determine la propia Ley y no exceda lo dispuesto en ella. Se trata, pues, de una relación de integración y coherencia normativa entre ambas.
20. **De este modo, tal y como se señaló en el Fundamento N° 19 de la STC N° 1907-2003-AA/TC,**
[[]La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta, por antonomasia, en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos secundum

legem, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben [...]. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley. [cf. STC 0001-2003-AI/0003-2003-AI –acumuladas– FJ. 15].

21. Por otro lado, y en cuanto a la materia tributaria se refiere, en la STC N° 2762-2002-AA/TC también se ha establecido que la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo; el grado de concreción es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trate de regular otros elementos. De esa manera, se reconoce con ello la flexibilización de la reserva en determinadas situaciones y la importancia del análisis de concreción de la misma, en cada caso específico.
22. En el caso de autos, y en cuanto a la remisión reglamentaria dispuesta por la Décima Disposición Transitoria de la Ley N° 27796 se refiere, este Tribunal estima que no afecta el principio de reserva de ley, toda vez que los límites y porcentajes a deducir, en el caso específico, forman una parte del sistema integral de deducciones para llegar a la renta neta imponible establecida en la Ley (esto es, gastos necesarios para obtener la renta, depreciaciones y amortizaciones, así como provisiones y reservas); vale decir que es solo parte del proceso para su determinación, de modo que, en tanto el conjunto de los mecanismos de cálculo esté dispuesto en la Ley, no resulta prohibida la colaboración excepcional al reglamento en casos particulares como el expuesto, debido a la naturaleza misma de la actividad; más aún, cuando es razonable que determinadas deducciones deban ser limitadas a fin de evitar un uso arbitrario y desproporcionado de las mismas.

La carga probatoria a efectos de demostrar la confiscatoriedad de tributos

23. En el caso, aun con las modificaciones a que se ha hecho referencia en el Fundamento N° 11, supra, la recurrente considera que el impuesto tiene efectos confiscatorios, alegato que, evidentemente, debe probarlo de manera fehaciente.
24. En la STC N° 2302-2003-AA/TC, este Tribunal ha establecido que para acreditar la confiscatoriedad en cada caso, es necesario probar 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.

25. Si bien es cierto que el artículo 9° del Código Procesal Constitucional ha establecido la inexistencia, en los procesos constitucionales, de una etapa probatoria, sin embargo, también prevé la procedencia de medios probatorios que no requieran de actuación y a los que el juez considere indispensables, pero siempre que ello no afecte la duración del proceso.
26. No obstante, en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos, como se explicará a continuación. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos.
27. En efecto, a fojas 235 a 242; 243 a 253, y 254 a 268, la recurrente adjunta, para demostrar la alegada confiscatoriedad, copia simple del Informe elaborado por el Estudio de Abogados Echandía, Manini, Padrón & Asociados, del 22 de agosto de 2003; el Informe elaborado por el Estudio de Abogados Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taimán & Luna Victoria, de fecha 26 de agosto de 2003, así como la ampliación de sus conclusiones de fecha 27 de octubre de 2003, referidos a la nueva base imponible a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas prevista por el artículo 17° de la Ley N° 27796, así como el Informe respecto de la verificación contable de los ingresos y gastos relacionados con la actividad generadora de renta por el período comprendido entre el 1 de octubre del 2002 y el 30 de setiembre del 2003, elaborado por la firma de contadores públicos Panez, Chacaliaza, Barreda & Asociados S.C., del 11 de noviembre de 2003.
28. A juicio de este Colegiado, tales documentos no pueden ser admitidos de ninguna manera como pruebas fehacientes para demostrar la alegada confiscatoriedad de tributos y acreditar la situación económica de la empresa; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente o, como sucede en el caso de autos, informes elaborados a su petición, pues restan imparcialidad a lo declarado y, en todo caso, están sujetos a revisión.
29. Al respecto, cabe señalar que los informes elaborados por los estudios jurídicos anteriormente mencionados se basan en el análisis en abstracto de

la nueva base imponible del impuesto materia de autos, en concordancia con el pronunciamiento de este Tribunal en dicha materia, sin sustentar sus opiniones en la realidad económica y financiera de la recurrente. Asimismo, y en cuanto al documento elaborado por la firma de contadores públicos citada, importa señalar que dicho documento 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 acrediten la manera cómo se llega a dichos montos.

30. Consecuentemente, tal extremo de la demanda debe ser desestimado por no haberse acreditado la confiscatoriedad alegada por la recurrente.

La Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, Reglamento de la Ley N° 27796

31. En principio, cabe señalar que la recurrente no ha precisado en qué medida la referida disposición vulnera sus derechos constitucionales, tanto más, cuando de las órdenes de pago cuestionadas no se advierte su aplicación en forma concreta, por lo que tal extremo de la demanda no puede ser estimado.

32. Sin perjuicio de lo expuesto, del análisis de dicha disposición fluye que la misma establece los criterios aplicables para la regularización del pago del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, referentes a la nueva tasa prevista en el artículo 18° de la Ley N° 27796, en cumplimiento de la STC N° 009-2001-AI/TC y su resolución aclaratoria, pautas que establecen su recálculo y determinación, así como la oportunidad de su pago, lo cual no puede ser alegado como violatorio de derecho constitucional alguno, ya que el Estado tiene la facultad de establecer las características del sistema de recaudación de tributos en ejercicio de su potestad tributaria.

La Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT

33. Respecto de la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT, las cuales establecen requisitos formales referidos a la aprobación de formularios, este Tribunal estima que no procede su cuestionamiento en sede constitucional al no implicar, por sí mismos, violación de derecho constitucional alguno.

34. De otro lado, la también cuestionada Tercera Disposición Final de la resolución *in commento* dispone que “Para efectos de lo dispuesto en la Décima Disposición Transitoria de la Ley N° 27796, a fin de determinar la renta neta

de la tercera categoría del Impuesto a la Renta, se deducirán los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas que, de manera gratuita, el Sujeto del Impuesto entregue a los clientes en las salas de Juegos y Casino y/o Máquinas Tragamonedas, en la parte que, en conjunto, no excedan del 0.05% de los ingresos brutos de rentas de tercera categoría, con un límite máximo de cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”. Asimismo, la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.° 27796 dispone que “Para efectos del Impuesto a la Renta, la SUNAT determinará el porcentaje máximo de deducción en que incurra el operador de los juegos de casino y máquinas tragamonedas en los gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, que de manera gratuita entregue a los clientes”.

35. Respecto de dicha disposición, la recurrente alega que no permite a los contribuyentes del impuesto al juego descontar los gastos de atención a los clientes.

36. Este Tribunal no comparte la posición de la demandante, pues, si bien es cierto que en dicho dispositivo se hace referencia a la forma de cálculo de la renta neta de tercera categoría, ésta no implica modificación o alteración de la base imponible de dicho tributo, ya que mediante la norma cuestionada se ha dispuesto una deducción adicional aplicable solo al rubro de casinos y tragamonedas, dentro de las deducciones que dispone el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Supremo N.° 179-2004-EF –publicado el 8 de diciembre del 2004–, por concepto de gastos de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, que de manera gratuita se entregan a las personas que asisten a los locales donde se explotan los juegos de casinos y tragamonedas.

37. Como ya se ha expresado, al declararse la inconstitucionalidad de los artículos 38° y 39° de la Ley N° 27153 –mediante la STC N° 009-2001-AI/TC–, por ser contrarios al principio de no confiscatoriedad tributaria, al no haberse incluido como deducción del impuesto a la renta los gastos realizados por la entrega gratuita de alimentos, cigarrillos y bebidas alcohólicas, es precisamente que en cumplimiento de dicho precedente, el legislador expidió la Ley N° 27796, incluyendo dicho concepto como deducción del impuesto a la renta de tercera categoría, aplicable para los contribuyentes del rubro de casinos y tragamonedas disponiendo, en su Décima Disposición Transitoria, la delegación de facultades a la SUNAT, a fin de que establezca el porcentaje correspondiente.

38. Así, en cumplimiento de dicha delegación, se fijó el porcentaje de deducción por el referido concepto, hecho que no implica afectación de derecho constitucional alguno, sino la adecuación a lo expresado en el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en la revisión de la constitucionalidad de la Ley N° 27153, por lo que el hecho de haberse fijado un parámetro de deducción del 0.05% de los gastos por bocaditos y aperitivos, constituye sólo el ejercicio legítimo –aunque por delegación– de la facultad de normar con la que cuenta la SUNAT, en aplicación de la Décima Disposición Transitoria de la Ley N.º 27796.

La Resolución de Superintendencia N° 052-2003-SUNAT

39. La Resolución de Superintendencia N° 052-2003-SUNAT únicamente establece mecanismos formales para el cumplimiento de la obligación tributaria, tales como el uso de formularios, y el lugar y plazo para la presentación de los mismos, los cuales no pueden ser cuestionados en sede constitucional por no implicar, por sí mismos, vulneración de derecho constitucional alguno; tanto más, cuando de las cuestionadas órdenes de pago no se advierte su aplicación en concreto, no siendo posible pretender su inaplicación en abstracto.

Consideraciones Finales

40. Por lo demás, y conforme a lo expuesto en la STC N° 2302-2003-AA/TC, y en la propia STC N° 0009-2001-AI/TC, para el Tribunal Constitucional parece absolutamente necesario reiterar que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción –ludopatía– con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas.
41. Por tales razones, la Ley N.º 27796 ha creado una Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar, dependiente del Ministerio de Salud, con el fin de preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños que afectan la salud pública, y cuyas funciones están orientadas a la elaboración y ejecución de campañas publicitarias de sensibilización dirigidas al público en general y especialmente a los jóvenes, respecto de los efectos perniciosos que el abuso excesivo de esta actividad puede generar en la salud, y el impacto socioeconómico que produce el juego de azar en las personas y su entorno familiar.

Precedente Vinculante

42. El Tribunal Constitucional no puede dejar de expresar su preocupación por el hecho de que, según se advierte de los recaudos anexados al escrito presentado con fecha 11 de agosto de 2005 por la propia recurrente, en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.
43. En tal sentido, y de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara que la presente sentencia, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.
44. Ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este Tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.
- 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. Declarar que la presente sentencia constituye precedente vinculante, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento N.º 43, *supra*. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

13. STC N° 4635-2004-PA, CASO SINDICATO DE TRABAJADORES DE TOQUEPALA

Nro. de STC	4635-2004-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	SINDICATO DE TRABAJADORES DE TOQUEPALA
Demandado	Southern Perú Copper Corporation
Fecha de Publicación en la Página Web	29 de abril del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	9 de mayo del 2006
Fundamentos Vinculantes	28,29,35,39 y 41
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Jornada de trabajo de los trabajadores mineros (fundamentos 28 y 29). 2. Inconstitucionalidad del sistema de turnos de trabajo implementado por la empresa minera demandada (fundamento 35). 3. Los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo no pueden desconocer los estándares mínimos en materia de derechos laborales (fundamento 39). 4. Disposiciones contrarias al parámetro constitucional de la duración de la jornada de trabajo (fundamento 41).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	1. Existe una resolución de aclaración de sentencia, en la que el Tribunal precisa aspectos relacionados con los fundamentos 28, 29 y 41 del fallo original (ver al respecto los fundamentos 14, 15, 16 y 17 de la aclaración).

**EXP. N.º 4635-2004-AA/TC
TACNA
SINDICATO DE TRABAJADORES
TOQUEPALA Y ANEXOS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Guillermo Panca Caya y don Clemente Trujillo Masco, secretarios General y de Defensa del Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, respectivamente, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna, de fojas 367, su fecha 21 de octubre de 2004, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de octubre de 2003, los recurrentes interponen demanda de amparo contra la Empresa Southern Perú Copper Corporation, solicitando que se dejen sin efecto las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo durante cuatro días seguidos por tres de descanso impuestas por la demandada en sus diferentes secciones; y que, en consecuencia, se ordene la restitución de la jornada de trabajo de ocho horas diarias y la colocación, en todas las secciones o departamentos de la empresa, del cartel indicador de la jornada de trabajo de ocho horas, incluido el refrigerio de treinta minutos.

Manifiestan que desde el 10 de abril de 2000, la emplazada implantó jornadas obligatorias de doce horas diarias en sistemas de 4 x 2 y 4 x 3; que, sin embargo, mediante la cláusula 22º de la Convención Colectiva de fecha 10 de mayo 2001 (período 2001-2007), celebrada por el recurrente y la demandada, se acordó que la jornada de trabajo ordinaria sería de ocho horas diarias, incluyéndose treinta minutos de refrigerio; no obstante lo cual, hasta la fecha, no se ha respetado la jornada de trabajo ordinaria establecida convencionalmente. Consideran que estos hechos violan el derecho a la dignidad de la persona y de los trabajadores, a la igualdad ante la ley, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y a la fuerza vinculante de la convención colectiva.

La emplazada deduce las excepciones de cosa juzgada, de caducidad y de representación defectuosa o insuficiente del demandante, y contesta la demanda señalando que el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 27 de setiembre de 2002, se pronunció acerca de los sistemas de trabajo de 4 x 2 y 4 x 3, señalando que tienen sustento constitucional y legal, por lo que no infringen derecho alguno.

El Juzgado Mixto de Jorge Basadre, con fecha 9 de febrero de 2004, declaró infundadas las excepciones deducidas e improcedente la demanda, por considerar que la pretensión planteada ha sido resuelta mediante la STC N° 1396-2001-AA/TC, recaída en el proceso que fue seguido por las mismas partes, estableciéndose que los sistemas cuestionados no son contrarios a la Constitución. por lo que la emplazada está en la facultad de modificar el número de horas, siempre que no supere el límite que establece el artículo 25º de la Constitución.

La recurrida confirmó la apelada, por estimar que el proceso de amparo no es la vía idónea para solicitar el cumplimiento del horario de trabajo pactado en el convenio colectivo, correspondiendo a los jueces laborales la solución de este tipo de controversias.

FUNDAMENTOS

I.- Petitorio

1. El Sindicato recurrente cuestiona la aplicación del sistema acumulativo de las horas de trabajo que obliga a los obreros mineros de Toquepala a trabajar doce horas diarias durante cuatro días seguidos por tres días de descanso. Estiman que la imposición del sistema acumulativo constituye una violación de los siguientes derechos reconocidos en la Constitución: dignidad de la persona (artículo 1º), a la igualdad (artículo 2º, inciso 2), al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26º, inciso 2) y a la fuerza vinculante de la convención colectiva (artículo 28º, inciso 2).
2. Por su parte, la empresa alega que las normas laborales vigentes, así como los artículos 209º y 212º inciso a) del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería) permiten instaurar esta modalidad de trabajo. Asimismo, que la cláusula 2c) de la Convención Colectiva 2001-2007, celebrada por el Sindicato y la empresa, faculta a esta última para que, con el objeto de incrementar la productividad, en casos debidamente justificados o de emergencia, pueda establecer o modificar el número de horas, turnos, horarios o sistemas de trabajo de acuerdo a sus necesidades. Finalmente,

añade que el Tribunal Constitucional, a través del fallo recaído en el Exp. N° 1396-2001-AA/TC, seguido por las mismas partes, estableció que los sistemas cuestionados no son contrarios a la Constitución.

3. En virtud de tales alegatos, para resolver el presente caso el Tribunal Constitucional procederá a:
 - a) Considerar el contexto en el que se desarrolla la actividad de los trabajadores mineros.
 - b) Determinar el parámetro constitucional relativo a los derechos constitucionales cuya vulneración se alega. En ese sentido, además de los derechos invocados por el recurrente, el Tribunal Constitucional considerará también los derechos a una jornada de trabajo de ocho horas (artículo 25º), al disfrute del tiempo libre y al descanso (artículo 2º, inciso 22) y a la salud (artículo 7º).
 - c) Analizar el caso concreto.

II.- Contexto en el que se desarrolla la actividad de los trabajadores mineros: condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la actividad minera

4. Dada la importancia de la materia controvertida, y previamente al análisis de fondo que deberá efectuar el Tribunal Constitucional para determinar si las jornadas atípicas o acumulativas, que se aplican en el presente caso a los trabajadores mineros afiliados al Sindicato recurrente, son compatibles con los derechos constitucionales invocados por el demandante y con aquellos que el Tribunal estima aplicables, es necesario tener en cuenta el contexto concreto en el que se desarrolla el trabajo en el sector minero del Perú. Para ello, recurriremos al Informe sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002.

2.1.- La minería como actividad de alto riesgo

5. La minería es considerada como una actividad de alto riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Al respecto, el referido informe establece que:

Esta calificación puede ser tanto consecuencia de los procesos tecnológicos que se utilizan, como por las características geográficas y el medio ambiente en el que se ubican los emplazamientos de los yacimientos,

los modos operativos en que se planifica y ejecuta el trabajo (tales como la duración y forma en que se organizan las jornadas o los turnos laborales), o aún por otros factores biológicos y psicosociales concomitantes. Por unas u otras razones, la vida, la seguridad y la salud de los mineros requieren de medidas especiales destinadas a protegerlos.^[1]

Corresponde, al Estado, en primer lugar, adoptar tales medidas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, como órgano constitucional del Estado peruano, no puede dejar de considerar dicha obligación, que también incumbe a los empleadores, para los efectos de la resolución del presente caso.

2.2.- Trabajo en soledad

6. El citado Informe de la OIT hace referencia a una serie de factores que justifican medidas especiales a tener en cuenta al momento de abordar la regulación jurídica del trabajo minero en el Perú. Por ejemplo, respecto de las condiciones básicas de vida, se destaca la diferencia de la vida en soledad o con familia en el campamento. Los campamentos, en su mayoría, solo otorgan alojamiento a los trabajadores. Con la implantación de los sistemas acumulativos de trabajo, el trabajador, en esas circunstancias adquiere comportamientos ansiosos y depresivos en diferentes grados, que en algunos casos son enfrentados con la ingesta excesiva de alcohol.^[2]

Esta situación, preliminarmente, impone ser revertida, a fin de hacerla compatible con el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona a su integridad moral y psíquica.

2.3.- Alimentación de los trabajadores en el sector minero

7. De otro lado, el mismo Informe concluye que la alimentación en la mayoría de trabajadores mineros es, por muchas causas, deficiente. La siguiente descripción es ilustrativa de esta realidad en el Perú:

En el desayuno, gran parte de los trabajadores ingiere una taza o jarro de café, o una infusión de hierbas, o a veces una taza de avena o leche, acompañadas de dos panes solos o con mantequilla o queso. El almuerzo es una porción de caldo, con papas, fideos, algunas verduras y a veces un pedazo de carne; un plato con arroz, habas, mote o pan o maíz tostado, complementado con una taza o jarra de infusión de hierbas. La comida es similar al almuerzo. El horario de trabajo y la distancia del centro de

trabajo respecto de los hogares hacen más difícil la alimentación del minero, debiendo este comer fuera de su casa alimentos fríos y a deshora. El déficit alimentario en cantidad y calidad (especialmente en proteínas, grasas, vitaminas y otros elementos indispensables) hace que el número de calorías aportadas a la dieta sea cubierto casi en su totalidad por carbohidratos. En consecuencia, la realidad de la dieta del trabajador minero peruano es deficitaria en términos de rendimiento energético (...) Esta realidad se agrava aun más si constatamos que muchos trabajadores (...) trabajan hasta 12 horas diarias.^[3]

Evidentemente, la dieta descrita es insuficiente para desarrollar trabajos que demandan un alto esfuerzo físico.

2.4.- Condiciones de salud de los trabajadores mineros

8. Con relación a los riesgos de salud de los trabajadores mineros, el Informe ya citado da cuenta de que en la actividad minera se han reconocido alrededor de treinta enfermedades profesionales, entre las que destacan: neumoconiosis, causada por polvos minerales esclerógenos (silicosis, antracosis, asbestosis) y sílico tuberculosis; enfermedades causadas por el berilio, fósforo, manganeso, cromo, arsénico, mercurio, plomo, sulfuro de carbono, benceno, cadmio, sustancias asfixiantes (como óxido de carbono, entre otras); bronconeumopatías debidas al polvo de metales duros; asma profesional causada por agentes sensibilizantes o irritantes; hipoacusia causada por el ruido constante; enfermedades causadas por las vibraciones (afecciones de los músculos, tendones, huesos, articulaciones, vasos sanguíneos periféricos o nervios periféricos) y neoplasia pulmonar o mesotelioma causada por el asbesto. Los trabajadores mineros, también, están expuestos a riesgos físicos como el ruido, vibraciones, humedad extrema, radiaciones, así como a riesgos biológicos y químicos, entre otros. Asimismo, se destaca también las dificultades y los trastornos fisiológicos que comporta el trabajo físico en altura.^[4] (Téngase en cuenta que, en el presente caso, el asentamiento minero de Toquepala está a 3,500 m.s.n.m^[5]).

2.5.- Jornada de trabajo en el sector minero

9. Con relación a la jornada de trabajo en el sector minero, el Informe añade que, hasta el año 2002, “De acuerdo a las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (...) el promedio de horas de trabajo en la minería supera las 48 horas semanales (el rango de 48 horas a más representa el 91.6 %).”^[6] En el mismo documento se cita información

referida a que la mayor parte de las empresas mineras adecúan su sistema al denominado 14 x 7, es decir: 14 días continuos de trabajo con doce horas diarias de labor, por siete de descanso, después del cual se retoma el siguiente período (de 14 x 7). Menos común pero también aplicado es el sistema 20 x 12.

10. Al respecto, cabe mencionar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo, en su Observación Individual sobre el Convenio Número 1 – Horas de Trabajo (Industria) 1919 (Ratificación 1945), Documento N° 062002PER001, del año 2002, estimó que el sistema de trabajo 14 x 7 aplicable en el Perú no cumple con lo que dispone el artículo 2.º del Convenio N° 1 de la OIT, ya que la media de horas de trabajo semanales por un período de tres semanas llega a 56 horas por semana y excede el límite prescrito por el artículo 2, c) (48 horas a la semana).
11. Efectuada la descripción del contexto donde se desarrolla el trabajo minero en el Perú, corresponde ahora determinar el parámetro constitucional de derechos para evaluar el presente caso concreto.

III.- Parámetro constitucional de los derechos materia del presente proceso

2.1.-Respeto de la dignidad de la persona

12. El Sindicato considera que la imposición, a los trabajadores mineros, de una jornada mayor a las ocho horas los expone a mayores riesgos de adquirir enfermedades profesionales por la asimilación diaria de los tóxicos minerales, poniendo en riesgo su salud y sus vidas. Estiman que este hecho vulnera la dignidad de los trabajadores.

El artículo 1º de la Constitución dispone: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Al respecto, este Colegiado ha establecido que: (...) si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en el como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución).^[7]

Del mismo modo, ha afirmado que:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.^[8]

Por tanto, el principio–derecho de la dignidad humana fundamenta, por un lado, la configuración de nuestro parámetro constitucional y, por otro, es un principio a la luz del cual se resolverá el presente caso.

2.2.-Derecho a la jornada de trabajo de ocho horas

13. El artículo 25º de la Constitución Política del Perú prescribe expresamente, que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, y que en, caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
14. Al respecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, disponen que el contenido y alcances de los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú. En ese sentido, a fin de configurar adecuadamente el derecho reconocido en el artículo 25º de la Constitución, se debe tener presente que:
 - a) El artículo 2º del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por el que se limitan a ocho horas diarias las horas de trabajo en las empresas industriales, dispone que en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana.
 - b) El literal c) del artículo 2º del convenio mencionado dispone que cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

- c) El mismo Convenio, en su artículo 4º, establece que podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido por el artículo 2º, en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma de trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana.
 - d) El artículo 24º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo.
 - e) El artículo 7º, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo.
 - f) El artículo 7º, literal g) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
15. De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:
- a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.
 - b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.
 - c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.
 - d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

- e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4º del Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)).
16. Precisado ya el parámetro constitucional descrito sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas, el Tribunal Constitucional no puede dejar de destacar que las citadas disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos, que deben ser aplicadas obligatoriamente para interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se refieren al concepto de limitación razonable de las horas de trabajo. Es decir, si bien nuestra Constitución impone un máximo para la jornada de trabajo (diaria y semanal), tampoco obliga a que siempre y en todas las actividades laborales se establezca dicho máximo (8 horas diarias y 48 semanales), Piénsese, a modo de ejemplo, en amplios sectores de la administración pública y del sector privado que no llegan a trabajar 48 horas semanales, así como también en aquellas actividades laborales que, por su esfuerzo físico, justifican una jornada menor a la máxima.
17. Las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un período de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituyen una excepción que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En estos casos será indispensable el pago de horas extras, conforme a ley. Ello porque, sentido, si bien los tratados de derechos humanos constituyen el estándar mínimo de derechos humanos, cuando existan normas internas más protectoras, estas deben prevalecer puesto que otorgan una mayor protección. Como ya se anotó, ese es el caso del artículo 4º del Convenio N° 1 de la OIT, frente al cual el artículo 25º de la Constitución otorga una mayor protección al fijar la jornada semanal en cuarenta y ocho horas como máximo.

2.3.- Derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso

18. El mismo artículo 25º de la Constitución establece que los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio. A su turno, el artículo

2º, inciso 22 de la Constitución, dispone que toda persona tiene derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso.

19. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la interpretación de los derechos reconocidos en el artículo 25º y en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución, debe tener presente que:

- a) El artículo 24º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.
- b) El artículo 7º literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial el disfrute del tiempo libre.
- c) El artículo 7º literal h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.

Consecuentemente, de las disposiciones citadas se concluye que:

La jornada laboral, para ser compatible con el artículo 25º de la Constitución, deberá considerar que las personas tienen derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre; y,

El disfrute y compensación del descanso semanal y anual remunerados se regulan por ley o por convenio, conforme al parámetro constitucional descrito.

20. Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.

2.4.- Derecho a la salud y protección del medio familiar

21. El artículo 7º de la Constitución dispone que:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

A su turno, el artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece que:

Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Con relación al artículo citado, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la salud:

(...) reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica (...).

Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario.^[9]

2.5.-Igualdad de oportunidades sin discriminación

22. El artículo 26°, inciso 1 de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar la igualdad de oportunidades sin discriminación. Al respecto, el Tribunal ha precisado que:

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.^[10]

26.-Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución

23. El artículo 26°, inciso 2 de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Al respecto, este mismo Colegiado ha establecido que el principio en cuestión:

Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos (...)^[11]

2.7.-Fuerza vinculante de la convención colectiva

24. El inciso 2 del artículo 28° de la Constitución señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.^[12]

25. En el presente caso, el parámetro constitucional anteriormente descrito constituirá la medida de evaluación de los sistemas de trabajo acumulativos de 4 x 3 y 4 x 2 (o 5 x 2),^[13] para la jornada laboral de los trabajadores que desarrollan la actividad extractiva de recursos minerales, que son patrimonio de la Nación conforme al artículo 66° de la Constitución.

III.- Análisis del caso concreto y precedente vinculante

26. Con relación a la alegada vulneración de los derechos a una jornada laboral ordinaria de ocho horas, a una jornada razonable y al disfrute del tiempo libre y del descanso, debe precisarse lo siguiente:

En el presente caso, obra en autos (fojas 94 a 98) la inspección especial practicada por el Inspector de Trabajo de la Sub Dirección de Inspección, Higiene y Seguridad Ocupacional - Dirección Regional y Promoción Social de Tacna- del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, de fecha 15 de marzo de 2002, con la intervención de las partes que, en el área de operaciones mina del asentamiento minero de Toquepala, constata lo siguiente:

- a) En el Departamento de operaciones, secciones de operaciones 1, 2 y 3, se aplica un sistema especial de trabajo consistente en 4 días de trabajo, en dos turnos: diurno, de 7:30 a 19:30 horas, y nocturno, de 19:30 horas a 7:30 horas, con refrigerio de 30 minutos y descansos por secciones de tres días a la semana (4 x 3).
 - b) El mismo horario se aplica para la Gerencia Mina, Departamento de operaciones, secciones de perforaciones, disparos y servicios auxiliares (grupo de perforación).
 - c) Existe un programa de trabajo (4 x 2) o (5 x 2) de cuatro días de labor de doce horas diarias de trabajo, conforme a los turnos antes mencionados, más un quinto día de trabajo de doce horas diarias, que se produce utilizando un día descanso. Esta situación se corroboró con el testimonio de algunos trabajadores, quienes manifestaron que se trataba de un compromiso asumido con la empresa, aun cuando reconocieron que no era obligatorio.
 - d) A la vista de las boletas de pago de diversos trabajadores, en el área de operaciones mina la labor es de doce horas continuas durante cuatro días, más un quinto día. Uno de los trabajadores manifestó que si bien no ha recibido amonestación o sanción por dejar de laborar el quinto día, la labor de doce horas es extenuante.
27. Los hechos reseñados demuestran que la demandada aplica los sistemas 4 x 3 y 5 x 2, a través de turnos diarios y nocturnos, en el asentamiento minero de Toquepala. Conforme al parámetro constitucional descrito, la jornada laboral de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales es tenida como máxima. Asimismo, que debe limitarse razonablemente la jornada laboral diaria a fin de que sea compatible con el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, situación que se ve seriamente restringida durante los cuatro días en que el trabajador minero debe laborar durante 12 horas seguidas. En ese sentido, dado que los trabajadores mineros desarrollan trabajos peligrosos, insalubres y nocturnos, deberán tener una jornada laboral de duración menor a las doce horas.
28. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que, en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la

- presente sentencia; y que, en este caso concreto, se caracterizan por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante 4 días seguidos y en algunos casos hasta 5 días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación deficiente y mayor exposición a los polvos minerales, con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.
29. Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio Nº 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25º de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, esta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.
30. Respecto de la vulneración del principio de la dignidad de la persona y del derecho a la salud y a la protección del medio familiar, el Tribunal Constitucional no puede dejar de anotar que la realidad alimentaria de los trabajadores mineros descrita en el Informe de la OIT se confirma en el presente caso. En efecto, la cláusula 22 del Convenio Colectivo 2001 a 2007, establece “un refrigerio de 30 minutos”, mientras que la cláusula 25 del mismo convenio, referida a la alimentación por las 4 horas adicionales para completar las doce horas diarias de trabajo, les otorga “una gaseosa de ½ litro, dos paquetes de galleta, una lata de filete de atún, una lata de salchicha en conserva de 450 gr. o un pago sustitutorio de S/. 8.44 por cada ración, a elección del trabajador”. Es evidente que los componentes de la ración otorgada a los trabajadores no constituyen una alimentación balanceada con alto contenido de nutrientes y en las cantidades adecuadas indispensables y acordes con el desgaste físico de 12 horas de trabajo continuo, que requiere el trabajo minero exigido por la demandada y que se debe realizar a más de 3,500 m.s.n.m.
31. Para este Colegiado son manifiestas las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad que comporta el trabajo en las minas del Perú y que, indudablemente, no se dan en otros sectores laborales de nuestro país. En efecto, las condiciones laborales descritas para el trabajo en las minas, entre las que destacan laborar en altura (esfuerzo físico mayor), horario de trabajo diario por encima del máximo ordinario (8 horas), que requiere también más trabajo físico e impide un descanso diario

adecuado, aunadas a una dieta alimenticia deficiente y a una exposición permanente a sustancias tóxicas (acumulación de polvos minerales en los pulmones)^[14], que determina una mayor predisposición a contraer alguna de las 30 enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores mineros, constituyen factores de riesgo que reducen ostensiblemente su esperanza de vida.

32. En definitiva, desde la perspectiva del derecho a la salud, el problema central de los trabajadores mineros es la reducción de su esperanza de vida. Es por ello que dichos trabajadores tienen derecho a jubilarse entre los 45 y 55 años conforme a los supuestos de la Ley N° 25009; y por ello, también que gozan del seguro complementario de trabajo de riesgo (Decreto Ley N° 18846 y Decreto Supremo N° 003-98-SA sobre renta vitalicia). Consiguientemente, tomando en cuenta las especiales condiciones de trabajo en las minas, el permanente riesgo de la disminución de la esperanza de vida a que están expuestos los trabajadores mineros, así como el constante deterioro de la salud de este grupo de trabajadores, este Colegiado estima que la jornada laboral de doce horas seguidas es incompatible con los derechos mencionados.
33. Es indudable que una mayor exposición de los trabajadores mineros a los polvos minerales, que se producirá si la jornada de trabajo es mayor y constante, generará una mayor incidencia y acelerará la adquisición de alguna de las enfermedades descritas, lo cual demandará una mayor atención y gasto del Estado a través de sus servicios de salud (Ministerio de Salud y EsSalud).
34. Atendiendo a ello, es indispensable desarrollar medidas, a cargo del Estado, de las empresas mineras, de los sindicatos y los propios trabajadores, que permitan prevenir y disminuir, lo más que se pueda, la adquisición de este tipo de enfermedades. Por lo demás, la obligación de prevenir tales enfermedades se encuentra reconocida en el inciso c) del numeral 2) del artículo 12° del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y en el inciso d) numeral 2) del artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
35. Un sistema de turnos de trabajo como el implementado por la demandada no es compatible con el parámetro constitucional descrito, puesto que afecta la dignidad de las personas, principio-derecho que reconoce el artículo 1° de la Constitución, y constituye, en el mediano plazo, una

acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros. Esto se torna especialmente incompatible con la obligación constitucional de todos – Estado, Empresas y personas- de defender y promover el derecho fundamental a la vida, reconocido en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución^[15]. Adicionalmente, la jornada laboral cuestionada tampoco es compatible con el derecho a la protección del medio familiar.

36. La jornada laboral de doce horas para los trabajadores mineros tampoco es compatible con el concepto de trabajo decente adoptado por la Organización Internacional del Trabajo desde hace varios años y que, en palabras de su Director General,^[16] consiste en promover oportunidades para que las mujeres y los hombres obtengan el trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humanas. Por ello, las normas, principios y derechos fundamentales del trabajo establecen criterios que definen elementos esenciales del trabajo decente.^[17]
37. Respecto a la vulneración del principio que reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos, y a los derechos de igualdad en la relación laboral y al carácter irrenunciable de los derechos laborales, debe tenerse en cuenta la cláusula 22 de la Convención Colectiva celebrada con la demandada para el período 2001 – 2007, que prevé lo siguiente: “La jornada de trabajo ordinaria es de ocho (8) horas, que significa laborar desde el inicio hasta el término de la jornada en el puesto de trabajo y/o equipo. En jornadas de trabajo continuo y en aquellas que ya lo tengan establecido, dentro de la jornada de trabajo se incluyen los 30 minutos para tomar refrigerio.” Al respecto, la empresa demandada manifiesta que el numeral 22 de la referida convención colectiva es una “cláusula convencional declarativa”.
38. El Tribunal Constitucional no comparte tal afirmación, según la cual el acuerdo de respetar la jornada de ocho horas, establecida en el artículo 22 del Convenio Colectivo celebrado por el demandante y el demandado para el período 2001 a 2007, es una mera “cláusula convencional declarativa”. El derecho a la jornada de ocho horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25°, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración, (más aun cuando integra el estándar mínimo de derechos que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), sino una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza

jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la Administración, sino también a los particulares. Cuando las partes pactan respetar dicha jornada en un convenio colectivo que, conforme al inciso 2º del artículo 28º de la Constitución, tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado, en modo alguno se puede considerar que tales derechos no vinculen a las partes que celebraron tal convenio colectivo.

39. Con relación al convenio colectivo, es pacífico, y así se ha sostenido en el Exp. N° 0008-2005-PI/TC, fundamento 31, que este prevalece sobre el contrato individual de trabajo cuando el convenio es más favorable al trabajador. Debe tenerse presente que cuando la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos fijan un estándar mínimo (por ejemplo, el derecho a la jornada de ocho horas y el derecho a una jornada razonable de trabajo), entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad por contravenir derechos fundamentales. Consiguientemente, la presente sentencia tiene plenos efectos incluso en los supuestos en que los afiliados al sindicato recurrente hubiesen pactado individualmente una jornada diaria mayor a las ocho horas.
40. Tampoco es sostenible el argumento de la demandada en el sentido de que la cláusula 2c) de la misma Convención Colectiva 2001 a 2007 justificaría el establecimiento o modificación del número de horas, turnos, horarios o sistemas de trabajo de acuerdo a sus necesidades, con el objeto de incrementar la productividad, en casos debidamente justificados o de emergencia y de acuerdo a sus necesidades. El Tribunal Constitucional considera que tales cambios son excepcionales y temporales y no pueden sobrepasar el máximo ordinario de ocho horas diarias para los trabajadores mineros.
41. Esas variaciones no pueden convertirse en la regla del trabajo minero, como ocurre en el presente caso, en que un sistema excepcional se ha convertido en la regla durante más de cinco años, imponiendo a los trabajadores mineros jornadas de 12 horas diarias que reducen ostensiblemente su expectativa de vida y afectan su derecho al descanso diario, vulnerando de esta manera el carácter irrenunciable de los derechos, precepto basilar reconocido por la Constitución. En tal sentido, los artículos 209º, 210º, 211º y 212º del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería), que permiten instaurar la modalidad de trabajo acumulativo y fijan obligatoriamente como mínimo 4 días para este tipo de jornada laboral,

también resultan incompatibles con el parámetro constitucional descrito en la presente sentencia.

42. La imposición de una jornada superior a las ocho horas, solo para los obreros y empleados de la sección de operaciones de la mina, a diferencia de otros trabajadores del asentamiento minero que laboran la jornada ordinaria de ocho horas, comporta un trato desigual, puesto que precisamente quienes están sujetos a tóxicos y a condiciones insalubres de trabajo requieren de mayor protección a través de una jornada razonable y menor de doce horas.
43. Si bien hasta la fecha los criterios de la jurisdicción constitucional consideraron que el sistema acumulativo 4 x 3 y 4 x 2 (5 x 2) podía ser compatible con el artículo 25º de la Constitución (Exp. N° 1396-2001-AA/TC), a partir del presente caso y considerando el contexto del trabajo que realizan los trabajadores mineros, así como el parámetro constitucional descrito en los fundamentos precedentes y teniendo en cuenta que un sistema excepcional y temporal no puede convertirse en permanente, así como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales –que en el presente caso se manifiesta en el respeto a una jornada de ocho horas diarias como máximo, a una jornada semanal razonable de trabajo y al derecho al descanso– y los fines de los procesos constitucionales (artículo II del Código Procesal Constitucional), el criterio del Tribunal Constitucional, en adelante, será el expuesto en la presente sentencia, y que establece que para los trabajadores mineros el máximo de duración de la jornada laboral será de ocho horas diarias.
44. Por tanto, la jornada de 12 horas diarias para los trabajadores mineros, los artículos 209º, 210º, 211º y 212º del Decreto Supremo N° 003-94-EM y toda aquella disposición que imponga una jornada diaria mayor a la ordinaria de ocho horas para los trabajadores mineros, es incompatible con los artículos 1º, 2º (inciso 22), 7º, 25º 26º (incisos 1 y 2) de la Constitución, y con los artículos 7º literal d) del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y 7º, incisos g) y h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (Protocolo de San Salvador), puesto que vulneran la dignidad de la persona, el derecho a una jornada razonable de trabajo, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, y el derecho a la salud y a la protección del medio familiar, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, y a los cuales se ha hecho

copiosa referencia.

45. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios establecidos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41, *supra*, constituyen precedente vinculante para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud con el ahora resuelto. La eficacia vinculante de tales criterios radica en que serán indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Ordena que la demandada restituya la jornada laboral de ocho horas diarias considerando una jornada semanal razonable en el asentamiento minero de Toquepala, conforme a los fundamentos 28 a 44 expuestos en esta sentencia.
3. Declara que los artículos 209º, 210º, 211º y 212º del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería), son incompatibles con la Constitución.
4. Declara que los criterios previstos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, regirán a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

- [1] Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos: *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la Minería del Perú*, OIT, Lima, 2002, p. 5.
- [2] OIT, Op. Cit., p. 67.
- [3] OIT, Op. Cit., p. 71.
- [4] OIT, Op. Cit., págs. 77, 99 a 107 y 118.
- [5] Otras minas en el Perú se encuentran por encima de los 4,000 m.s.n.m. (Por ejemplo en Pasco, Huancavelica y Junín).
- [6] OIT, Op. Cit., p. 91.
- [7] Caso Anicama, Exp. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 2.
- [8] Caso Azanca Meza García, Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 19.
- [9] Caso Azanca Meza García, Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 30.
- [10] Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0008-2005-AI/TC, fundamento 23.
- [11] Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0008-2005-AI/TC, fundamento 24.
- [12] Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 0008-2005-AI/TC, fundamento 33.
- [13] Cabe precisar que el sistema 4 x 2, que en rigor sería 5 x 2, así denominado por los recurrentes, consiste en trabajar 4 días seguidos durante 12 horas diarias, más un día tomado de los tres de descanso, con lo cual el trabajador termina trabajando 5 días en total por 12 horas diarias y descansando sólo 2 días. Si bien el quinto día es pagado con una sobretasa de 100 %, el hecho concreto es que si esta situación se prolonga por tres semanas, entonces el trabajador termina trabajando por encima del máximo que establece el artículo 25º de la Constitución y por encima de la media que prevé el inciso c) del artículo 2º del Convenio N.º 1 de la OIT.
- [14] Las neumoconiosis pueden clasificarse en neumoconiosis no específicas, en las que el polvo inhalado no produce fibrosis progresiva ni enfisema y, por lo tanto, no produce incapacidad (siderosis, estañosis, baritosis, etc.); y neumoconiosis específicas, que provocan fibrosis, enfisema, incapacidad y muerte (silicosis, asbestosis). OIT, *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la Minería del Perú*, Op. Cit., págs. 77, 99 a 107 y 118.
- [15] Respecto del Derecho a la vida la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado "... El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna...". Caso Villagrán Morales y otros (niños de la Calle) contra Guatemala, sentencia de fondo, fundamento 144.
- [16] Juan Somavía, Director General de la OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión 1999.
- [17] Objetivo estratégico 1 sobre el Trabajo Decente de la OIT.

14. STC N° 2877-2005-PA, CASO LUIS LAGOMARCINO RAMÍREZ

Nro. de STC	2877-2005-HC
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Luis LAGOMARCINO RAMÍREZ
Demandado	Juez del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima
Fecha de Publicación en la Página Web	11 de julio del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	20 de julio del 2006
Fundamentos Vinculantes	15, 22, 24, 25, 28 y 31
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) frente a situaciones en las que se ha producido sustracción de la materia o resulte imposible la protección de derechos fundamentales ante el acto lesivo alegado (fundamento 15.a). 2. Procedencia del RAC frente a sentencia estimatoria de segundo grado que presenta una incongruencia entre lo resuelto y lo ordenado a favor del derecho afectado (fundamento 15.b). 3. Procedencia del RAC para evaluar excepciones presentadas en las demandas de amparo, habeas data y cumplimiento (fundamento 15.c). 4. Improcedencia del RAC para solicitar la protección constitucional de intereses y reintegros relacionados con una pensión (fundamento 15d).

Fallo	<ol style="list-style-type: none"> 5. Improcedencia del RAC presentado por un abogado sin representación para actuar a nombre de los demandantes (fundamento 15.e). 6. Requisitos adicionales a evaluar para la procedencia del RAC (fundamentos 28 y 31). 7. Estructura interna del Tribunal Constitucional para la evaluación de los RAC (fundamento 25). 8. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional (fundamento 22). 9. Experiencias comparadas respecto a recursos de control constitucional (fundamento 24).
--------------	---

**EXP. N° 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° 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 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 este 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 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 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 habeas 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° 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 habeas 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° 115-2003, no conforme a derecho, debido a 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 2°, inciso 24, de la Constitución) y al debido proceso (artículo 139°, 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 (habeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), toda vez que su oficiosidad sólo será posible admitirla para determinados supuestos y en específicas circunstancias.

Solo 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.

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 51° de la Norma Fundamental. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales de libertad, especialmente en el habeas 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° 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° 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° 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 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 200° 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 2° 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 solo a partir de ello se podrá validar el precepto medular recogido en el artículo 1° de la Constitución:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

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. Solo entendiendo el verdadero carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en el 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 aquel por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aun, 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: este es el RAC.

Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el inciso 2) del artículo 202°, según el cual es una atribución del TC, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, habeas data, y acción de cumplimiento.

Antes conocido como recurso extraordinario (artículo 41° de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley N° 26435), el RAC, según lo previsto por el artículo 18° 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 20° del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de habeas 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 139°, 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 8°, 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.° 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 solo comprende al 'fallo' (...), considera el Tribunal que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no solo 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 solo 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° 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 139° 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 139° 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 6° del CPCo, sólo adquiere autoridad de cosa juzgada la decisión final que verse sobre el fondo de lo controvertido. Y tal como ya se ha venido señalando, solo 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 este 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 *traspelado* 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 las resoluciones judiciales, y así resolver las contiendas con tremenda rapidez, sería poco menos que inconcebible o injusto, no lo es menos que este servicio

podría comprometer drásticamente el propio contenido de las resoluciones, sacrificando la justicia de la decisión a su prontitud.

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 18° del CPCo, pero siempre en el supuesto de protección de los derechos fundamentales.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 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°), cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, función que es congruente con el rol específico que el artículo 201° 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 solo 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 18° del CPCo hace referencia indirecta a la misma cuando señala que el RAC procede 'contra la resolución de segundo grado'. Más claro aun resulta lo dispuesto por el artículo 35° respecto al habeas corpus y el artículo 57° 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 19° 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 aquellos que exigen motivos taxativos para su interposición. Limitan las facultades del tribunal *ad quem*. Proceden solo 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 384° 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 el demandado. Por tal razón, no es ilógico que en el pasado se haya llamado 'recurso extraordinario' al RAC, toda vez que esta 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 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° 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 solo 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 estos 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 18° 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 19°, 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. Solo 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:

1. Determinación de la tutela objetiva de derechos

Un tema como este puede observarse en la sentencia del Expediente N° 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 1° 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° 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 solo 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.

2. 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° 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° 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 154° 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.

3. 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° 0079-2005-PA/TC, N° 1623-2004-AA/TC o N° 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° 1049-2003-AA/TC, y claramente decretado para el amparo, el habeas data y el cumplimiento en el artículo 44° 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 10° del CPCo ha sido muy explícito en señalar que es en la sentencia.

Ante ello, solo 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 solo 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.

4. Posibilidad de realizarse pagos accesorios

Sobre la base de la sentencia recaída en el Expediente N° 0065-2002-AA/TC, se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no sólo 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° 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° 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° 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 10° y 11° de la Norma Fundamental. Esto equivale a señalar que solo 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° 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.

5. Distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada

Según el artículo 20° 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 solo 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 este 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° 2558-2004-AC/TC, N° 4396-2004-AA/TC, N° 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.° 1948-2004-AC/TC, N° 2376-2004-AC/TC, N° 2113-2004-AC/TC, N° 2094-2004-AC/TC, N° 2178-2004-AC/TC, N° 2472-2004-AC/TC y N° 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° 2027-2004-AC/TC y N° 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 aun mejor la naturaleza de este tipo de recurso. Solo 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 habeas corpus, magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara. Manifiesta que corresponde que este Colegiado proceda de acuerdo al artículo 8° del CPCo, referido a la responsabilidad del agresor.

18. El proceso que amerita la presentación del habeas 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 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 5° del Decreto Legislativo N° 124.

Sobre esta base, el juez de primera instancia declaró fundada la demanda de habeas 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 8° del CPCo,

Cuando 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 11° de la Ley N° 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° 1093-2000-HC/TC, N.° 601-2003-HC/TC o N° 702-2000-HC/TC.

Pero, ¿qué se está buscando exactamente con la aplicación del artículo 8° del CPCo? Según la sentencia emitida en el Expediente N° 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 159°, 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 solo 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 8° 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, solo 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 8° del CPCo no tiene relación alguna con lo que se busca con el RAC. Con la salvedad de los supuestos jurisprudenciales explicados *supra*, solo 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

(...) solo contra el extremo de la Resolución Judicial N° 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 accesorias al pedido original que ya fue resuelto favorablemente para el accionante; más aun 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 prescribe el artículo 103° 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.

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 1° 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° 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 solo 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° 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° 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 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 solo 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 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 el. 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 8° 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 50° 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 concorra 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 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 5° de la Ley Orgánica, respecto del quorum requerido para el conocimiento de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas 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 este 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 5° 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 habeas 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 acápites guarda concordancia directa con lo establecido en el artículo 38° 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 solo 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 18° 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 18°, 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.

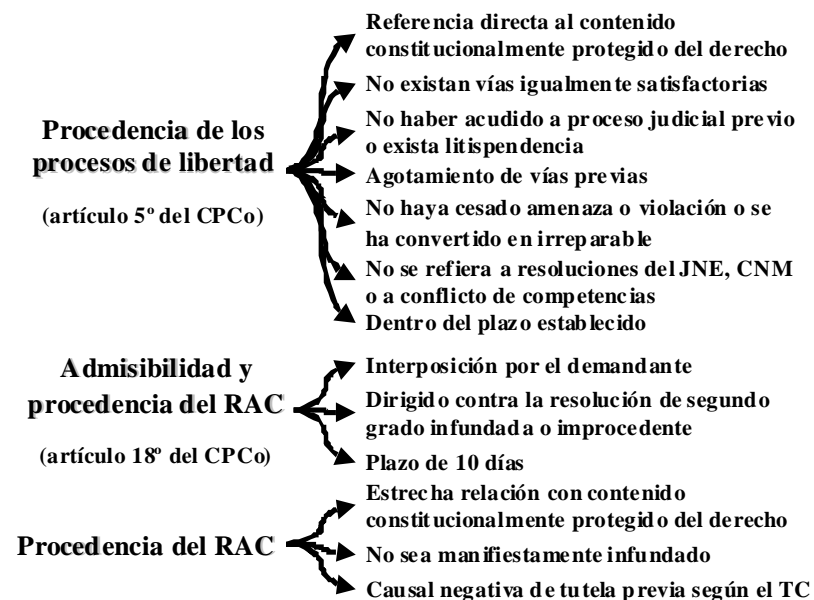
Entonces, para que este Colegiado pueda ingresar a estudiar el fondo del asunto debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella se insistirá en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- 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

**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° 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 79° 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° 0050-2004-PI/TC y otros. Además, la referida sentencia del Expediente N° 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 solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Esta debe ser la base para que el TC pueda aceptar un RAC. Solo 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° 3760-2005/PA/TC, publicada el 18 de febrero de 2005, respecto a la inhabilitación política.
- * Expediente N° 2496-2005-PHC/TC, publicada el 3 de junio de 2005, respecto a la detención preventiva.
- * Expediente N° 2303-2005-PHC/TC, publicada el 30 de junio de 2005, respecto al agotamiento de la vía previa en materia tributaria.
- * Expediente N° 1417-2005-PA/TC, publicada 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° 0168-2005-PC/TC, publicada 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° 2876-2005-PHC/TC, publicada 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° 2802-2005-PA/TC, publicada 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° 0206-2005-PA/TC, publicada 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° 3361-2004-PA/TC, publicada el 16 de diciembre de 2005, respecto a la evaluación y ratificación de magistrados.
- * Expediente N° 4677-2004-PA/TC, publicada 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

HARESUELTO

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**

EXP. N° 2877-2005-PHC/TC
LIMA
LUIS SÁNCHEZ
LAGOMARCINO RAMÍREZ

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 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 solo 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 "(...) 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. 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 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

15. STC N° 5189-2005-PA, CASO JACINTO GABRIEL ANGULO

Nro. de STC	5189-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Jacinto GABRIELANGULO
Demandado	Oficina de Normalización Previsional (ONP)
Fecha de Publicación en la Página Web	13 de setiembre del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	13 de octubre del 2006
Fundamentos Vinculantes	5, 7 al 21
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley N° 23908 (fundamento 5). 2. Pensión mínima según la Ley N° 23908 (fundamentos 8 al 19). 3. Prohibición de reajuste trimestral automático de acuerdo con la Ley N° 23908 (fundamentos 20 y 21).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	---

**EXP. N° 5189-2005-PA/TC
JUNÍN
JACINTO GABRIEL
ANGULO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de diciembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jacinto Gabriel Angulo contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 86, su fecha 26 de mayo de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90, de fecha 23 de diciembre de 1990 y, en consecuencia, se actualice y se nivele su pensión de jubilación con arreglo a la Ley N° 23908, debiendo ordenarse el pago de las pensiones devengadas que correspondan. Considera tener derecho al beneficio establecido en la referida Ley, por haber adquirido su derecho pensionario antes del 23 de abril de 1996.

La emplazada solicita que la demanda se declare improcedente, señalando que esta no es la vía idónea para solicitar el incremento de la pensión, toda vez que no se puede modificar los derechos otorgados en un proceso que carece de estación probatoria. Agrega que la pensión mínima establecida por la Ley N° 23908 es un beneficio establecido para aquellos pensionistas que acrediten 30 años de aportaciones, y que, por expreso mandato de su artículo 3°, no es aplicable a quienes perciben pensiones reducidas de invalidez o jubilación.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 27 de octubre de 2004, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandante no cumple con los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de jubilación.

La recurrida declaró improcedente la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5º, inciso 1), y 38º del Código Procesal Constitucional, se determina que en el presente caso, aun cuando la pretensión tiene por objeto cuestionar la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, resulta procedente que este Colegiado efectúe su verificación, toda vez que se encuentra comprometido el derecho al mínimo vital.

2. El demandante pretende que se incremente el monto de su pensión de jubilación en aplicación de la Ley N° 23908 y se le abonen las pensiones dejadas de percibir por la inaplicación de la dicha norma.

Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en relación con la Ley N° 23908

3. En la STC N° 703-2002-AC, el Tribunal Constitucional interpretó que:
- a. La determinación de la pensión inicial o mínima, con arreglo al criterio de la Ley N° 23908, desaparece a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 817, del 23 de abril de 1996, y que, tienen derecho al reajuste correspondiente aquellos reclamantes que hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del dispositivo sustitutorio. Al efecto, señaló que se tomará en cuenta el sueldo mínimo vital mencionado en la Ley N° 23908 (o, en su caso, el de los mínimos vitales sustitutorios) vigente al momento de producirse la contingencia.
 - b. Tienen derecho a la indexación automática los que hubiesen alcanzado el punto de contingencia antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 757, del 13 de noviembre de 1991, el cual puso fin, definitivamente, al régimen de indexación reclamado en estos casos.
4. Posteriormente, en la STC N° 198-2003-AC, el Tribunal determinó que:
- a. La Ley N° 23908, vigente desde el 8 de setiembre de 1984, fue tácitamente derogada por el Decreto Ley N° 25967, publicado el 18 de diciembre de 1992, por lo que el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley N° 23908 resulta aplicable a quienes hubieran alcanzado la contingencia antes de dicha fecha.

- b. Respecto del reajuste de las pensiones, señaló que se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que no se efectúa en forma indexada o automática. Todo ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 79º del Decreto Ley N° 19990, que establece que los reajustes de las pensiones otorgadas serán fijados, previo estudio actuarial, considerando las variaciones en el costo de vida, y que en ningún caso podrá sobrepasarse el límite señalado en el artículo 78º, por efecto de uno o más reajustes, salvo que dicho límite sea, a su vez, reajustado.

Aplicación de la Ley N° 23908

5. Al establecer el nuevo criterio de aplicación de la Ley N° 23908, así como la vigencia, aplicación e interpretación de sus disposiciones, este Tribunal señaló lo siguiente:
- a. La Ley N° 23908 modificó el Decreto Ley N° 19990, que en su diseño estableció la pensión inicial como la resultante de la aplicación del sistema de cálculo previsto para las distintas modalidades de jubilación, creando el concepto de *pensión mínima*, la que, independientemente de la modalidad y del resultado de la aplicación de los métodos de cálculo, se *convirtió en el monto mínimo* que correspondía a todo pensionista del Sistema Nacional de Pensiones, salvo las excepciones previstas en la propia norma.
 - b. La pensión mínima se estableció originalmente en un monto equivalente a tres sueldos mínimos vitales; pero, posteriormente, las modificaciones legales que regularon los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores la transformaron en el Ingreso Mínimo Legal, el mismo que, solo a estos efectos, debe entenderse vigente hasta el 18 de diciembre de 1992.
 - c. La pensión mínima del Sistema Nacional de Pensiones *nunca fue igual a tres veces la remuneración de un trabajador en actividad*; más bien, se determinó utilizando como referente de cálculo el sueldo mínimo legal, que era uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores.
 - d. El Decreto Ley N° 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley N° 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° 23908.

- e. Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley N° 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° 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y sólo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley N.º 25967.
 - f. Debe entenderse que todo pensionista que hubiese alcanzado el punto de contingencia hasta antes de la derogatoria de la Ley N° 23908, tiene derecho al reajuste de su pensión *en un monto mínimo equivalente* a tres sueldos mínimos vitales o su sustitutorio, el Ingreso Mínimo Legal, en cada oportunidad en que estos se hubieran incrementado, no pudiendo percibir un monto inferior a tres veces el referente, en cada oportunidad de pago de la pensión, durante el referido periodo.
 - g. A partir del 19 de diciembre de 1992 resulta de aplicación el Decreto Ley N° 25967, que establece el nuevo sistema de cálculo para obtener el monto de la pensión inicial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, hasta que el Decreto Legislativo N° 817 (vigente a partir del 24 de abril de 1996), establece nuevamente un sistema de montos mínimos determinados de las pensiones, atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.
6. No obstante todo lo precisado, este Colegiado ha tomado conocimiento durante el proceso de evaluación jurisdiccional de los expedientes que ha revisado, que el cambio jurisprudencial ha generado una confusión y despropósito en los justiciables y los operadores judiciales:
- a. En los demandantes, pues a partir de una inadecuada interpretación de la Ley N° 23908, pretenden percibir por concepto de *pensión mínima* una suma superior a la pensión máxima vigente. Ello, porque consideran, erróneamente, que la pensión mínima establecida por la Ley N° 23908 es el resultado de multiplicar por tres la remuneración mínima de un trabajador;
 - b. En la Oficina de Normalización Previsional (ONP), entidad que escudándose en el cumplimiento de las sentencias o con la clara intención de obtener la conclusión de los procesos de los mismos, ha encontrado la manera de reducir el monto de algunas pensiones por aplicación de la Ley N° 23908, expidiendo resoluciones que perjudican económicamente a los pensionistas cuando la norma sólo se aplica en su beneficio y de ninguna forma en su perjuicio; y,

- c. En los operadores judiciales, porque en atención a la incorrecta pretensión de los demandantes, amparan las mismas ordenando que se reajuste la pensión en el monto mínimo vigente a la fecha de la contingencia, aun cuando ello importe la reducción del monto de la pensión inicial del pensionista.
7. Por ello, este Tribunal, en sesión de pleno jurisdiccional, por las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, atendiendo a su función ordenadora y pacificadora, y en mérito de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, acuerda precisar los criterios adoptados en la STC 198-2003-AC para la aplicación de la Ley N° 23908, durante su periodo de vigencia, y dispone su observancia obligatoria, en los siguientes términos:

La Pensión Mínima de la Ley N° 23908

- 8. Al crearse el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990, se estableció que el monto de la pensión de jubilación se determinaría efectuando el cálculo establecido en el artículo 73º. El monto resultante se denominó pensión inicial.
- 9. El artículo 1º de la Ley N° 23908 estableció un *beneficio* con la finalidad de mejorar el monto de inicio –pensión inicial– de aquellas pensiones que resultasen inferiores a la pensión mínima legal. Es decir, si efectuado el cálculo establecido en el Decreto Ley N° 19990 se obtenía un monto inferior a la pensión mínima legal, se debía abonar esta última.
- 10. En los casos en que se debió aplicar, conforme a ley, el beneficio de la pensión mínima legal, esta equivalía y sustituía a la pensión inicial.
- 11. La pensión mínima legal es la *base inicial mínima* a partir de la cual comienza la percepción de las pensiones de jubilación e invalidez beneficiadas con la aplicación de la Ley. Es decir, esta base inicial es aplicable solo a aquellos pensionistas que, por los ingresos percibidos durante su actividad laboral, no alcancen, *por lo menos*, el monto de la pensión mínima legal.
- 12. La disposición contenida en el artículo 1º de la Ley N° 23908, supuso el incremento de todas aquellas pensiones que al 8 de setiembre de 1984, eran inferiores al mínimo legal (equivalente a tres sueldos mínimos vitales). Consiguientemente, en dicha fecha la pensión mínima quedó establecida en S/. 216,000.00 soles oro (monto resultante de multiplicar tres veces el sueldo mínimo vital, de S/. 72,000.00 soles oro, establecido por el Decreto Supremo N° 018-84-TR, del 1 de setiembre de 1984).

13. Como el monto de la pensión mínima regulada por la Ley N° 23908 se determinaba en base a uno de los tres componentes de la remuneración mínima de los trabajadores (denominado Sueldo Mínimo Vital), durante su vigencia, su aumento o el aumento de su sustitutorio (el Ingreso Mínimo Legal), suponía el aumento de la pensión mínima legal y, por tanto, el aumento de todas aquellas pensiones que, por efecto de dicho incremento, resultarían inferiores al nuevo monto mínimo de la pensión.
14. El beneficio de la pensión mínima legal establecido en la Ley N° 23908 no resulta aplicable a los pensionistas que hubieran percibido montos superiores al mínimo legalmente establecido en cada oportunidad de pago.
15. Conforme al artículo 3° de la Ley N° 23908, el *beneficio* de la pensión mínima legal no fue aplicable para: a) Las pensiones que tuvieran una antigüedad menor de un año, computado a partir de la fecha en que se adquirió el derecho a la misma, pensiones que se reajustarán al vencimiento del término indicado; y, b) Las pensiones reducidas de invalidez y jubilación a que se refieren los artículos 28° y 42° del Decreto Ley N° 19990, así como las pensiones de sobrevivientes que pudieran haber originado sus beneficiarios, las que se reajustarán en proporción a los montos mínimos establecidos y al número de años de aportación acreditados por el pensionista causante.
16. El monto de la pensión mínima legal establecida por la Ley N° 23908 se incrementó posteriormente, cuando los Decretos Supremos N°s 023 y 026-85-TR, del 1 de agosto de 1985, aumentaron el sueldo mínimo vital a S/. 135,000 soles oro, quedando establecida una pensión mínima legal de S/. 405,000 soles oro, y así sucesivamente hasta que el sueldo mínimo vital fue incorporado y sustituido por el Ingreso Mínimo Legal.
17. Se deberá tener en cuenta que, cuando la Ley N° 23908 quedó tácitamente derogada por el Decreto Ley N° 25967, la pensión mínima legal vigente era de S/. 36.00 (treinta y seis nuevos soles), importe equivalente a la suma de tres veces el Ingreso Mínimo Legal (sustitutorio del sueldo mínimo vital) establecido por el Decreto Supremo N° 03-92-TR.
18. Entre el 19 de diciembre de 1992 - fecha de vigencia del Decreto Ley N° 25967 y el 23 de abril de 1996 - fecha de publicación del Decreto Legislativo N° 817, la pensión inicial retornó a ser el resultado del cálculo establecido por las disposiciones legales pertinentes según la fecha de contingencia de la prestación, hasta que, a partir del 24 de abril de 1996, el Decreto Legislativo N° 817 establece nuevamente montos mínimos, determinados atendiendo al número de años de aportaciones acreditadas en *beneficio* de los pensionistas del Sistema Nacional de Pensiones.

19. Ejemplificación de la aplicación de artículo 1° de la Ley N° 23908

Con el objeto de aclarar cualquier duda respecto a la interpretación y aplicación señalada por este Tribunal, resulta necesario resolver algunos casos hipotéticos que, de hecho y de manera notoria, se presentaron al entrar en vigencia el beneficio de la pensión mínima legal, así como, durante su vigencia, hasta el 18 de diciembre de 1992, siendo pertinente reiterar que con posterioridad a dicha fecha la norma en cuestión no es aplicable.

CASO 1 :

Al entrar en vigencia la Ley

Incremento del monto de la pensión percibida al monto mínimo

Pensión comprendida en la Ley N° 23908 con un monto de S/. 200,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984

Por efecto de la Ley N° 23908, la pensión mínima que debía percibir todo asegurado comprendido en el beneficio era de S/. 216,000.00 soles oro, por lo que la pensión de el pensionista debía incrementarse hasta el monto mínimo a partir de dicha fecha y, de ser el caso, de la misma manera, luego de los siguientes incrementos del referente de la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

CASO 2 :

Al entrar en vigencia la Ley

Inaplicación de la pensión mínima

Pensionista del Sistema Nacional de Pensiones que percibía S/. 300,000.00 soles oro al 1 de setiembre de 1984

Como el monto de la pensión supera el mínimo, el beneficio dispuesto en la Ley N° 23908 resulta inaplicable al caso concreto, pues su aplicación importaría la reducción del monto de la pensión.

CASO 3 :**Durante la vigencia de la Ley****Incremento del monto de la pensión percibida**

Pensionista que a la fecha de vigencia de la Ley percibía un monto superior al mínimo, por ejemplo de S/. 350,000.00 soles oro

Como se ha señalado, al caso concreto no era aplicable la pensión mínima porque no beneficiaba al pensionista; sin embargo, cuando la pensión mínima aumentó a partir del 2 de agosto de 1985 a S/. 405,000.00 soles oro por efecto del incremento del sueldo mínimo vital (Decretos Supremos N^{os} 023 y 026-85-TR), correspondía aumentar el monto de la pensión, pues a partir de dicho momento resultaba inferior a la pensión mínima legal, salvo que, por efecto de otras disposiciones legales o administrativas, el monto de la pensión ya hubiera superado la mínima vigente en cada oportunidad de pago.

El Reajuste establecido en el artículo 4º de la Ley N° 23908

20. Al respecto, este Tribunal reafirma lo establecido en los fundamentos 13, 14 y 15 de la STC N° 198-2003-AC, en el sentido de que se encuentra condicionado a factores económicos externos y al equilibrio financiero del Sistema Nacional de Pensiones, y que *no se efectúa en forma indexada o automática*. Asimismo, que ello fue previsto de esta forma desde la creación del Sistema Nacional de Pensiones y posteriormente recogido por la Segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, que establece que el reajuste periódico de las pensiones que administra el Estado se atiende con arreglo a las previsiones presupuestarias.
21. Por lo tanto, el reajuste trimestral automático de las pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones no resulta exigible.

Análisis del agravio invocado

22. En el presente caso de la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90 se evidencia que: a) se otorgó al demandante la pensión del régimen especial de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones, regulado por los artículos 47º al 49º del Decreto Ley N° 19990; b) como fecha de contingencia se estableció el 2 de julio de 1990, día en que cumplió 60 años de edad; c) acreditó 10 años de aportaciones; y, d) el monto inicial de la pensión otorgada fue de l/m. 1.88 intis millón.

23. Respecto al monto inicial de la pensión, se debe precisar que a la fecha de inicio de la pensión se encontraba vigente el Decreto Supremo N° 040-90-TR, que estableció en l/. 700,000.00 intis el sueldo mínimo vital, por lo que, en aplicación de la Ley N° 23908, la pensión mínima legal se encontraba establecida en l/. 2'100,000.00 intis, equivalentes a l/m. 2.1 intis millón, monto que no se aplicó a la pensión del recurrente.
24. De otro lado, fluye de la resolución cuestionada que, mediante la Carta Normativa N° 017-DNP-IPSS-90, por una liberalidad de la entidad encargada del pago de la prestación, estableció el monto de la pensión mínima vigente en l/. 8'000,000.00 intis, equivalentes a l/m. 8.00 intis millón, importe que tampoco se aplicó en favor del demandante.
25. Para justificar la inaplicación del monto de la pensión mínima legal, la ONP ha sostenido en la contestación de la demanda que, conforme a la Ley N° 23908, dicho beneficio no se aplica al recurrente por pertenecer al régimen especial de jubilación regulado en los artículos 47º a 49º del Decreto Ley N° 19990, hasta su derogación tácita por el Decreto Ley N° 25967.
26. Al respecto, se reitera que, conforme se ha señalado en el fundamento 15 *supra*, el *beneficio* de la pensión mínima legal excluyó expresamente, entre otras, a las pensiones reducidas reguladas en el artículo 42º del Decreto Ley N° 19990, pero no a las comprendidas en el régimen especial de jubilación que se encontró regulado en los artículos 47º a 49º del Decreto Ley N° 19990.
27. En consecuencia, ha quedado acreditado que se otorgó al demandante la pensión por un monto menor al mínimo establecido a la fecha de la contingencia, debiendo ordenarse que se regularice su monto con aquel aprobado institucionalmente, por ser más beneficioso, y se abonen las pensiones devengadas generadas hasta el 18 de diciembre de 1992, así como los intereses legales correspondientes con la tasa establecida en el artículo 1246º del Código Civil.
28. De otro lado, conforme a los criterios de observancia obligatoria establecidos en esta sentencia, se precisa y reitera que, a la fecha, conforme a lo dispuesto por las Leyes N°s 27617 y 27655, la pensión mínima establecida para el Sistema Nacional de Pensiones está determinada en atención al número de años de aportaciones acreditadas por el pensionista.
29. En ese sentido y en concordancia con las disposiciones legales, mediante la Resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP (publicada el 03-01-2002), se dispuso incrementar los niveles de pensión mínima mensual de las

pensiones comprendidas en el Sistema Nacional de Pensiones a que se refiere el Decreto Ley N° 19990, en el monto de S/. 346.00 nuevos soles para los pensionistas que acrediten más de 10 pero menos de 20 años de aportaciones.

30. Por consiguiente, al constatarse, de la resolución cuestionada, que el demandante acredita 10 años de aportaciones y, de la boleta de pago de la pensión, que percibe S/. 346.53 nuevos soles, se evidencia que actualmente se encuentra percibiendo el monto que corresponde a los años de aportaciones acreditadas al Sistema Nacional de Pensiones.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Declarar **NULA** la Resolución N° 802-DDPOP-GDJ-IPSS-90
3. Ordenar que la ONP expida en favor del demandante la resolución que reconozca el pago de la pensión mínima y abone las pensiones devengadas e intereses correspondientes, conforme al fundamento 27 *supra* .
4. Declarar que los criterios de interpretación y aplicación de la Ley N° 23908, desarrollados en los Fundamentos 5 y del 7 al 21 *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de observancia obligatoria, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

16. STC N° 3075-2006-PA, CASO ESCUELA INTERNACIONAL DE GERENCIA HIGH SCHOOL OF MANAGEMENT – EIGER

Nro. de STC	3075-2006-PA
Órgano Emisor	Sala Primera del Tribunal Constitucional
Demandante	ESCUELA INTERNACIONAL DE GERENCIA HIGH SCHOOL OF MANAGEMENT - Eiger
Demandado	Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated
Fecha de Publicación en la Página Web	20 de setiembre del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	27 de noviembre del 2006
Fundamentos Vinculantes	5, incisos a), b), g) y h)
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Criterios a observar en materia de medidas cautelares en procedimientos administrativos sobre derechos de autor (fundamento 5 inciso a) 2. Prohibición de diligencia de variación de inspección (fundamento 5 inciso b) 3. Necesidad de sustentar adecuadamente la denegatoria de un pedido de informe oral (fundamento 5 incisos g y h)
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los temas tratados en los precedentes se relacionan con el procedimiento administrativo de protección de los derechos de autor ante el INDECOPI.

**EXP. N° 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 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° 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 denunciantes, más aun 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 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° 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° 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como de la Resolución N° 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 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° 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° 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 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° 822 y literales a, b y c del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 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 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 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 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 2004, y la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 4 de noviembre del 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 merituado 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 meritarse 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 acápites 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° 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como la Resolución N° 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución.

Dispone la incorporación del fundamento 5, acápites a), b) g) y h), a la parte resolutive de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
ALVA ORLANDINI
LANDA ARROYO**

**17. STC N° 3362-2004-PA, CASO PRUDENCIO
ESTRADA SALVADOR**

Nro. de STC	3362-2004-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Prudenciano ESTRADA SALVADOR
Demandado	Diario Regional de Huánuco
Fecha de Publicación en la Página Web	28 de setiembre del 2006
Fecha de Publicación en El Peruano	13 de octubre del 2006
Fundamentos Vinculantes	10, 14, 20, 24 y 27
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipos de medios respecto a los cuales se puede solicitar la rectificación (fundamento 10). 2. Presupuestos en los que cabe ejercer el derecho de rectificación (fundamento 14). 3. Gratuidad, inmediatez y proporcionalidad de la rectificación (fundamento 20). 4. Titularidad del derecho y sujeto obligado a rectificar (fundamento 20). 5. Trámite de la rectificación (fundamento 20) 6. Forma en que debe ser efectuada la rectificación (fundamentos 24 y 27)
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Nota	—

**EXP. N° 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

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.

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° 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°

6612-03-4to.JPHCO, del 2 de octubre de 2003, se requiere a la Policía Nacional para que conduzca mediante la fuerza pública al querellado y lo ponga a disposición del juzgado para que rinda su declaración inductiva. 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 solo 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° de la Ley N° 26847 (sic)^[1]. 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° 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 esta se encuentra aun en espera de su publicación.

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 ha 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 querellado a rendir su declaración inductiva. Amparándose en el inciso 4) del artículo 2° 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° de la Ley N° 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° de la Ley N° 23506, debe tenerse en cuenta la huelga del Poder Judicial producida desde el 5 de noviembre hasta el 1 de diciembre del 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 solo 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 2° 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.

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 este califica de falsos, con lo cual se le agrava 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 2º, 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 : “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° 0024-2003-AI/TC, se ha rescatado que el precedente normativo solo 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 esta se van a desarrollar los conceptos e ideas principales acerca del derecho a la rectificación, que no han sido desplegados en el ámbito constitucional.

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 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 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^[2].

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.

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^[3]. 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°, inciso 7), in fine de la *Constitución*, en los siguientes términos:

(...) Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este 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 37º, 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 7º de la Ley N° 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° 0829-98-AA/TC, está referido a lo siguiente:

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 14º 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 este 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

equipararlos, pero solo 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/7/86), 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 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, solo puede existir derecho a la rectificación **relacionado con los derechos comunicativos**. Entonces, solo 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 2º, inciso 4), en los instrumentos internacionales (básicamente, artículo 19º 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 13º 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 29º 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° 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. Solo 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° 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° 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 32º, 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 2º, 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 solo respecto a las informaciones vertidas en aquellos medios de comunicación masiva comúnmente denominados de comunicación social, sino también en aquellos 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, solo 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^[4].

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 2º, 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 14º *in fine* de la Constitución). Es más, en el artículo II del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión, Ley N° 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 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 solo impedirá abusos en su contra, sino también neutralizará los realizados por ellos mismos contra los demás^[5]. 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^[6].

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.

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° 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.

Configuración del derecho a la rectificación

13. Aparte de las disposiciones normativas expresadas en el artículo 2º, inciso 7), *in fine* de la Constitución y en el artículo 14º.2 de la Convención Americana, se integrará como parte del bloque de constitucionalidad, lo señalado por la Ley N° 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, este no puede desconocer su tratamiento por la Convención Americana, según los parámetros explicados *supra*. Con más

razón aún, 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 2º, inciso 7), de la Norma Fundamental, cabe la rectificación por 'afirmaciones inexactas'; sin embargo, la Convención Americana, en su artículo 14º, 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, solo se podrá dar cuando la información publicada o difundida no corresponde en absoluto con la verdad (falsedad) o cuando se ajusta solo 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, este 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 este 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 (...) ^[7].

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, esta debe tener derecho a rectificar tal error, aun cuando no hubiera dolo o culpa del periodista ^[8].

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 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. Esta es la interpretación adecuada que puede fluir de una correcta lectura del artículo 2º, 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 37º, 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 Nº 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 2º 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 ante 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 esta 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 exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan sólo 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, este 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 inestructiva 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 (...) [9].

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 [10].

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 (...) [11].

Al respecto, si bien es cierto que existe el Oficio N° 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 inestructiva 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 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 inestructiva; 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 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°, 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, este 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 (...) ^[12].

Ahora bien, el dato objetivo es que existe una afirmación que no cuenta con el grado de exactitud necesario para que esta 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:

(...) 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 (...) ^[13].

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° 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° 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 2º, inciso 7), *in fine* de la Norma Fundamental señala los elementos que están insertos en una rectificación: esta 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 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 3º de la Ley N° 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, 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 3º *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 el 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 2º de la Ley N° 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 2º de la Ley N° 26775 señala que será responsable el director del órgano de comunicación y, a falta de este, 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° 26775, básicamente a través de los artículos 2º y 3º; 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 2º 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 2º de la Ley N° 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 cómo 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 esta 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 2º, 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 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 solo 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 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 o 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° 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^[14].

Es decir, el director al realizar supuestamente la rectificación en la nota periodística, de fecha 27 de octubre del 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 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.

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° 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 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 de 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 Cuarto 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 un 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 ^[15].

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 del reclamante, se desvirtuaría la naturaleza de la rectificación., anulando el contenido esencial de dicho derecho fundamental.

Ello no quiere decir 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, desdejar 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 ^[16].

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 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 ^[17].

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.

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 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**

**EXP. N° 3362-2004-AA/TC
HUÁNUCO
PRUDENCIANO ESTRADA
SALVADOR**

**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, pag. 153) escribe:

La veracidad. Es la virtud máxima de todo texto periodístico y ya no sólo 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° 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° 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°.- 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 legales del agraviado, así como sus herederos.

Artículo 22°.- 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°.- 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°.- 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°.- 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

- [1] Se refiere al artículo 2 de la Ley N° 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° 26847, por lo que en lo que resta de la sentencia las citas de los artículos de la Ley N° 26775 corresponden al texto introducido por la referida ley modificatoria.
- [2] Diario Regional, Política/Gestión – 2, del 8 de octubre del 2003 (f. 14-b del Expediente).
- [3] 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”.
- [4] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1979. pp. 415, 416.
- [5] RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio. *El control de los medios de comunicación*. Madrid, Dykinson, 1998. p. 15.
- [6] HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Libertad de comunicación y de medios*. Ob. cit. pp. 158, 159.
- [7] AZURMENDI, Ana. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la información*. Pamplona, Eunsa, 1997. pp. 119, 123.
- [8] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 2000. 2.ª ed. Tom. I, p. 585.
- [9] Demanda de amparo (ff. 16, 17 del Expediente).

- [10] Contestación de demanda (ff. 40, 41 del Expediente).
- [11] Sentencia de segunda instancia (ff. 141 del Expediente).
- [12] Contestación de la demanda (f. 40 del Expediente).
- [13] Demanda de amparo (f. 18 del Expediente).
- [14] Carta notarial de rectificación, del 21 de octubre del 2003 (f. 10 del Expediente).
- [15] Diario Regional, Política/Gestión - 7, del 27 de octubre de 2003 (f. 30 del Expediente).
- [16] Demanda de amparo (f. 21 del Expediente).
- [17] Contestación de demanda (f. 40 del Expediente).

18. STC N° 3741-2004-AA, CASO RAMÓN SALAZAR YARLENQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192.º, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139º, inciso 3 y 2º inciso 20, de la Constitución, respectivamente.
2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la Municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N° 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso, tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N° 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.
3. Este Tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.

§1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración

4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto

que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)” (fundamento jurídico sexto de la sentencia).

5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138º).
6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometidas, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aun si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «las autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).
7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus

órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

8. 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 51º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».
9. Por tanto, el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51º antes señalado, más aun si ella misma (artículo 38º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.
10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es

que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aun cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.

11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.
12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1º).
13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa (...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquella, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7º CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación

administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento[1].

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
15. En ese sentido, 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 solo 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).
16. 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°, 51° y 201° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.
17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la

municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)[2].
19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.
20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso,

contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aun condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.
22. En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139°, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental[3]. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.
24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se

conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta solo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce "(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)" (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.
26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un *derecho por recurrir un acto de la administración* incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arguido que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración”.
28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2º, inciso 20, de la Constitución.
30. El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad[4]. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este “(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho”. (Fundamento jurídico 2.2.2).

31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106° a 112°, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho “de contradecir actos administrativos”. De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:
1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o, f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.
 2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*[5]. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.
 3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho

de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aun en un procedimiento ante la propia administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?
34. En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.
35. Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero

y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.

§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente

36. A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de *precedente constitucional vinculante*. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro, es un Tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.
37. En la clásica tradición del *Common Law* norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:
1. En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.
 2. La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.
 3. Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*).
38. La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comporta la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los

procesos constitucionales de la libertad (Habeas Corpus, Habeas Data, Amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos.

Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.

39. En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse con efectos generales sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el artículo 52.56[6] de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestion de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.
40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este Colegiado.

Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de este forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:
 - a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.
 - b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
 - c) Cuando 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.
 - d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.
43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

44. De esto se desprende que 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. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (*fattispecie*) concreto de la controversia sometida a juicio”[7].

45. En este sentido, este Colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la Ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este Colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este Colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la *“Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”*.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto

implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

47. Para que una decisión de este Colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.
48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.
49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional [8]. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

§9. El precedente extraíble en el presente caso

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se

desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

1. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, 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 la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a 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 administrados.

Regla sustancial: 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 38º, 51º y 138º 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.

2. Regla procesal: El Tribunal Constitucional, 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 la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son

nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

- 1) Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.
- 2) Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, *supra*, de esta sentencia.
- 3) Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado, conforme a las competencias que le confiere el artículo 119° de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

[1] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «Los derechos fundamentales y el control constitucional». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 113-137. [Versión on line, www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso]. Citado el 03 de julio de 2006.

[2] Véase las sentencias emitidas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

- [3] Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N° 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que "(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acriticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias".
- [4] Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes Nos 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.
- [5] García de Enterría y Fernández enfatizan que: "La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las *peticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren". *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 510, Civitas, Madrid, 2001.
- [6] "(...) en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)".
- [7] Kauper, Paul G. "La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti", en Giuseppino Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p.221
- [8] Véase, por ejemplo, en lo que respecta al Tribunal Federal Alemán, el parágrafo 31.1, BverfGG: "Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas". Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, "Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán", en *Revista española de Derecho Constitucional*, Vol I, N° 1, CEC, Madrid, 1981, pág. 235 ss

SENTENCIA ACLARATORIA
EXP N° 3741-2004-AA/TC
LIMA
RAMON HERNANDO
SALAZAR YARLENQUE

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 13 de octubre de 2006

VISTO

La sentencia de autos de fecha 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública) expedida el 11 de octubre de 2006; y,

ATENDIENDO A

1. Que de conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.
2. Que el artículo 38 de la Constitución establece que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; asimismo, el artículo 44 reconoce que “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...)”; y el artículo 51 prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”; asimismo, el artículo 1.1. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)”, y su artículo 10 que “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos”. Todo lo cual tiene como finalidad tutelar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;
3. Que, en anterior oportunidad (Exp. 5854-2005-AA/TC, FJ 3), el Tribunal Constitucional ha señalado, por un lado, que:

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;

Y, por otro lado (Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros, FJ 156) que:

Es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad (...). En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución;

4. Que, si bien los funcionarios de la Administración Pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, 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 (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;
5. Que, en la Ley Fundamental del Estado, no existe una disposición expresa que prohíba hacer cumplir el principio jurídico de la supremacía constitucional. En ese sentido, Hans Kelsen(9) ha señalado que:

Si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario, hay la presunción de que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar “leyes”, naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una ley.

Pero la restricción de esta facultad necesita de una prescripción explícita (...).

6. Que un Estado social democrático de Derecho supone cambios sustanciales en la concepción clásica del principio de legalidad, entre ellos su adecuación y conformidad tanto con los valores y principios constitucionales como con los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en nuestra Constitución. En ese sentido, SAGUES ha afirmado (10)

(...) como excepción, resulta sumamente atractiva la postura de Bidart Campos, en el sentido de que si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla.

7. Que el ejercicio del Control Difuso administrativo se realiza a pedido de parte: en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el Control Difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confieren la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Constitucional.

RESUELVE:

Declarar que las reglas sustanciales y procesales precisadas en los considerandos 4, 7 y 8 de la presente resolución, forman parte integrante del precedente vinculante establecido en el fundamento 50 de la sentencia constitucional emitida en la presente causa.

Publíquese y notifíquese.

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

19. STC N° 1333-2006-PA, CASO JACOBO ROMERO QUISPE

Nro. de STC	1333-2006-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Jacobo ROMERO QUISPE
Demandado	Consejo Nacional de la Magistratura
Fecha de Publicación en la Página Web	27 de febrero del 2007
Fecha de Publicación en El Peruano	9 de marzo del 2007
Fundamentos Vinculantes	4 a 14 y 25
Contenido del Precedente	1. Un juez o fiscal que no ha sido ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura no puede ser impedido de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	1. En esta STC se interpretan los alcances del artículo 154º inciso 2 de la Constitución.

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° 002-2003, debido a su condición de magistrado no ratificado; así como la Resolución N° 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° 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° 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° 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 fue desestimado mediante la Resolución N° 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° 002-2003-CNM, a la Convocatoria N° 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 30º de su Ley Orgánica; que, respecto a la Convocatoria N° 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 2º y 3º de la Ley N° 23506; que el acuerdo cuestionado no lesiona derechos fundamentales, pues se sustenta en el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución y en el artículo 30º 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° 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 154º 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.

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° 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° 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002–, así como la Resolución N° 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° 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° 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° 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° 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° 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° 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 154º, 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 aun más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154º 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 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 este 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 154º 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 154º 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° 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° 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° 8 de la STC N° 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°, inciso 2), de la Constitución". Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutive, que el susodicho Fundamento N° 8 tiene fuerza vinculante.
13. Hechas la precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N° 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 generis*, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154° de la Constitución, como el artículo 30° 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° 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° 002-2003-CNM, así como la Resolución N° 034-2004-CNM; y, por otro, la **amenaza** de violación de sus derechos constitucionales, para efectos de la Convocatoria N° 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° 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N° 034-2004-CNM, la vulneración invocada se habría tornado irreparable, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1° 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 solo puede, sino que debe emitir pronunciamiento respecto de la controversia planteada.

La invocada violación de los derechos constitucionales: La Convocatoria N° 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N° 034-2004-CNM

18. Como ya se ha adelantado, respecto de la Convocatoria N° 002-2003-CNM y su consecuencia, la Resolución N° 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°s 4 a 14, *supra*, el Tribunal Constitucional estima que la decisión de declarar al recurrente como no apto para efectos de la Convocatoria N° 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° 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°, 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° 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° 001-2004-CNM y el correspondiente concurso público –que al momento de interponerse la demanda de autos aun 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°s 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° 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° 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°, 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° 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

HARESUERTO

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.º 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**

20. STC N° 9381-2006-PA, CASO FÉLIX VASI ZEVALLOS

Nro. de STC	9381-2005-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Félix VASI ZEVALLOS
Demandado	ONP
Fecha de Publicación en la Página Web	24 abril 2007
Fecha de Publicación en El Peruano	13 mayo 2007
Fundamentos Vinculantes	9
Contenido del Precedente	1. Obligación de la Oficina de Normalización Previsional de atender los pedidos de variación de bonos de reconocimiento de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones (fundamento 9).
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

EXP. N° 9381-2005-PA/TC
LIMA
FÉLIX AUGUSTO
VASI ZEVALLOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de junio de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Félix Augusto Vasi Zevallos contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Lima, de fojas 138, su fecha 28 de enero de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES**a. Demanda**

Con fecha 20 de agosto de 2002, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando el recálculo de bono de reconocimiento y que se declare inaplicable la Resolución N° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero del 2001, que desestimó su recurso de reconsideración, la Resolución N° 1948-2002-GO/ONP de fecha 31 de mayo de 2002 que desestimó el recurso de apelación y la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP.

Alega vulneración de sus derechos constitucionales a la seguridad social, la petición y el debido proceso, al no haber sido contabilizado el aporte realizado por su ex empleador Hansen-Holm, Alonso & Co., por un lapso de sesentiocho meses, y tan solo han sido aceptados los sesenta aportados por Alicorp S.A.

b. Contestación de la Demanda

Con fecha 19 de setiembre de 2002, la empleada contesta la demanda y solicita su improcedencia, toda vez que la finalidad que persigue es la declaración de un derecho no adquirido, es decir nuevo, siendo imposible vulnerarse un derecho aun inexistente.

Sostiene que el demandante está solicitando en el fondo la inconstitucionalidad de la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP, tal como lo considera en la demanda, pero no resulta susceptible de ser conocida en la vía extraordinaria de amparo, al no haber vulneración alguna de derecho constitucional. Las declaraciones de inaplicabilidad solicitadas encierran un único fin imposible de darse: el incremento del valor nominal del bono de reconocimiento dado que las evidencias presentadas por el actor, con posterioridad, no fueron consignadas en la solicitud del bono de reconocimiento.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 4 de agosto de 2003, el Quincuagésimo Octavo Juzgado Civil de Lima declaró improcedente la demanda de amparo, por considerar que el incremento de años de aportación al valor de bonos de reconocimiento, objeto pretendido por el actor, no puede ser declarado, por su propia naturaleza, dentro de una acción de garantía, por cuanto esta solo tiene por objeto el de restituir derechos y no el de declararlos.

De conformidad con el artículo 13° de la Ley N° 25398, existiendo aspectos controvertidos respecto del incremento en el cálculo del valor de su bono de reconocimiento, por haber efectuado aportaciones superiores a la ya reconocida, la vía de amparo no resulta la idónea en este caso para dilucidar tal pretensión, toda vez que este proceso carece de etapa probatoria.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 28 de enero de 2005, la recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

III. DATOS GENERALES

a. Violación constitucional invocada

La demanda de amparo fue presentada por don Félix Augusto Vasi Zevallos contra la Oficina de Normalización Previsional. El supuesto acto lesivo fue producido por la falta de aceptación por parte de la demandada de nuevas pruebas instrumentales presentadas por el recurrente para el reconocimiento de meses de aportes al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) para efectos del cálculo del valor de su bono de reconocimiento.

b. Petitorio constitucional

El demandante considera que se le han vulnerado derechos constitucionales a la seguridad social (artículo 10°), a la petición (artículo 2°, inciso 20) y al debido proceso (artículo 139°, inciso 3).

Alegando tales actos vulneratorios, solicita lo siguiente:

- Declarar inaplicable la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP.
- Declarar inaplicable la Resolución N° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero de 2001, que desestimó el recurso de reconsideración.
- Declarar inaplicable la Resolución N° 1948-2002-GO/ONP, de fecha 31 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de apelación.

c. Materias constitucionalmente relevantes

Sobre la base de la reclamación realizada por el peticionante, este Colegiado considera pertinente responder las siguientes cuestiones:

- ¿Cómo se entiende la variación que puede existir del valor de un bono de reconocimiento?
- ¿Es válido constitucionalmente hablando la proscripción de dicha variación?
- ¿Qué consecuencias acarreará la presente sentencia?

IV. FUNDAMENTOS

1. En primer lugar, es de interés de este Colegiado dejar sentado que la Constitución protege adecuadamente el derecho de toda persona a tener una pensión justa. Esto se ha logrado básicamente a través de lo dispuesto por el artículo 11° que a la letra dice:

“El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”

Asimismo, también es imperioso admitir, tal como lo hace el artículo 10° de la Norma Fundamental, que en el país se reconoce el derecho a la seguridad social.

Este derecho, que a la vez se concibe como garantía institucional del derecho a la pensión, otorga a la persona no solo la capacidad de recibir algún tipo de monto dinerario para contrarrestar una contingencia, como sucede en el caso

de los adultos mayores. También sirve para que el disfrute de su existencia se realice sobre la base de una búsqueda real de una elevación de la calidad de vida de las personas.

Ante ello, es pertinente recordar lo señalado en la sentencia del Expediente N° 1417-2005-PA/TC, la misma que marca las pautas de procedencia para los procesos de amparo en materia pensionaria. En tal virtud, lo reclamado en el presente caso no se encuentra dentro de los supuestos del contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, y por lo tanto no merece ser visto en sede constitucional, sino contencioso-administrativa.

Por lo tanto, este Colegiado declara improcedente la demanda en tal extremo, al igual que en lo referido al derecho a la petición por no estar en juego pedido alguno a la Administración, en los términos del artículo 2º, inciso 20 de la Constitución. Lo que sí debemos pronunciarnos es en lo referido a la posible vulneración del derecho al debido proceso, tal como está contemplado en el artículo 139º, inciso 3 de la Norma Fundamental, básicamente con relación al ámbito sustantivo del derecho, y la congruencia que debe existir entre los fundamentos de la resolución emitida y la decisión en ella contemplada.

§1. Variación del valor del bono de reconocimiento

2. En este marco, cabe precisar que el análisis del valor de los bonos de reconocimiento debe ser realizado tomando en consideración los derechos antes mencionados, y sobre dicho cimiento, determinar la validez de la normatividad que lo sustenta. Pero ante todo corresponde entender qué es un bono de reconocimiento.

Es válido mencionar que según el artículo 9º de la Ley N° 25897, de Creación del Sistema Privado de Pensiones, “En el caso de optar el trabajador por dejar el régimen del IPSS e incorporarse al SPP, recibe un ‘Bono de Reconocimiento’ emitido por el IPSS por el monto correspondiente a los beneficios del trabajador en función a los meses de sus aportes al IPSS hasta la fecha de vigencia de la presente ley”.

Es más, este bono, según el artículo 2º del Decreto Supremo N° 180-94-EF, puede ser obtenido en los siguientes tres supuestos:

- “a) Haber estado afiliado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS con anterioridad al 6 de diciembre de 1992.

- b) Haber aportado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de su incorporación al SPP (...).
- c) Haber aportado a alguno de los sistemas de pensiones administrados por el IPSS un mínimo de 48 meses dentro de los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992 (...).

Sobre todo en la primera de las opciones mostradas, es necesario establecer con claridad cuál es el valor nominal del bono de reconocimiento que se le asigna a la persona, toda vez que tal análisis es importante para determinar cuánto es el aporte que ella va a recibir en su traslado del SNP al Sistema Privado de Pensiones (SPP), y específicamente a la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) a la cual se adscribió. El valor de dicho bono de reconocimiento es elemento trascendente para que se hubiera producido dicho traslado.

3. En tal sentido, corresponde definir cuál es la importancia que tiene el trámite del reconocimiento de dicho bono en el respeto del derecho al debido proceso. Cabe recordar que solo sobre la base del valor de dicho monto, la persona podrá recibir la pensión que le corresponde en el SPP.

Pero, ¿por qué la ONP no acepta una variación en el bono de reconocimiento emitido, si lo justo y lógico parece ser actuar de una manera contraria, admitiendo el cambio? La respuesta puede ser encontrada en la misma legislación.

Según el artículo 14º del Decreto Supremo N° 180-94-EF, la emisión de toda norma complementaria a lo dispuesto para los bonos de reconocimiento se realizará de la siguiente forma:

“La ONP, mediante Resolución Jefatural, dictará las normas complementarias que sean necesarias para la correcta aplicación del presente dispositivo”.

Es decir, cualquier configuración adicional para la obtención del bono de reconocimiento se pudo realizar a través de una Resolución Jefatural. Y es justamente una resolución de este tipo (la N° 029-98-Jefatura/ONP), la que en un artículo único expresa que “Al tener carácter de declaración jurada la solicitud de bono de reconocimiento, se entiende que el solicitante del bono de reconocimiento debe consignar en la solicitud del bono de reconocimiento, el total de empleadores que ha tenido durante su vida laboral, acredite o no la información que consigna, no pudiendo con posterioridad a la presentación de la solicitud, completar o modificar la referida información”.

En estricto cumplimiento de dicha resolución, la ONP considera que es imposible jurídicamente hablando, aceptar del recurrente los medios probatorios aportados para aumento del valor de su bono de reconocimiento (contestación de la demanda, a fs. 60):

“El actor presentó su solicitud de Bono de Reconocimiento con fecha 4 de junio de 1998, cuando ya se encontraba en vigencia la Resolución Jefatural N° 029-98-Jefatura/ONP, del 17 de marzo de 1998, la misma que le exigía establecer el total de sus empleadores”.

Pese al argumento utilizado, el demandante niega tal posición (demanda de amparo, a fs. 17), afirmando lo siguiente:

“La prohibición establecida por la Resolución N° 029-98-Jefatura/ONP, vulnera el principio constitucional de razonabilidad al establecer una restricción eficaz pero no indispensable a los derechos constitucionales de acceso a la seguridad social y al debido proceso, con el fin de cautelar los intereses de la caja fiscal y preservar la fe pública”.

Entonces, la cuestión que subyace a este debate es la identificación del respaldo constitucional a una resolución jefatural como la presentada, siempre observando su coherencia con el respeto del debido proceso de los administrados.

§2. La razonabilidad de la proscripción de variar los datos de solicitud

4. Es conveniente analizar si la resolución jefatural emitida puede llegar a afectar o no el mencionado derecho, tomando en cuenta la prohibición de la variación de datos y su razonabilidad dentro del sistema constitucional.

El Estado, según uno de los deberes impuestos en la Constitución (a través del artículo 44º), debe “(...) promover el bienestar general que se fundamenta de la justicia (...)”.

En este marco, debe entenderse que toda función asignada al Estado debe buscar la justicia, y eso es lo que se debe esperar del propio Decreto Supremo N° 180-94-EF, máxime si, a través de su artículo 1º, señala que “La Oficina de Normalización Previsional-ONP es la entidad encargada del cálculo, emisión, verificación y entrega del Bono de Reconocimiento, en adelante ‘Bono’, así como de las acciones de control posterior correspondientes”.

Es decir, la propia norma infraconstitucional expresa que inclusive el cálculo del bono de reconocimiento es una obligación del Estado, a través de la ONP,

y ello es trascendente y elemental para hacer efectivo ese anhelo de justicia que la Constitución ha destacado.

Es importante señalar también que la existencia de dos sistemas pensionarios separados (privado y público) está reconocida explícitamente a través del artículo 11º de la Constitución, y que si bien el bono de reconocimiento es una forma de conexión entre ambos (dirección: público o privado), ello no obsta para que el Estado tenga una función específica respecto a ambos, tal como lo explica el mismo artículo 11º, cuando expresa que es él quien “Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

Es decir, es una obligación del Estado supervisar -y a la vez, efectuar correctamente el traslado del sistema público al privado, máxime si existe – mejor dicho, existió- una promoción por parte del Estado para que las personas se afilien a las AFP.

5. De lo que se puede observar, es lógico asumir que el mecanismo utilizado por el ente estatal (ONP) es desproporcional para los fines que fueron creados los bonos de reconocimiento.

Este bono es el mecanismo que la propia legislación y la misma Administración establecieron para que los aportes realizados a favor de las personas en el SNP puedan migrar hacia el SPP. Es válido reparar en que el Sistema Privado se define como una forma de capitalización y que cada uno de sus integrantes podrá ser pensionista según los aportes realizados a su cuenta personal, la misma que se contabiliza, en buena parte para el caso de los que se pasaron al SPP, gracias al bono de reconocimiento aportado.

Y es lógico que, por la información con que cuenta, sea la propia ONP la que tenga la mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tanto así que esta es la forma en que se presenta el aludido artículo 1º del Decreto Supremo N° 180-94-EF.

6. Cuando el artículo 14º de dicho decreto supremo otorga la capacidad a la ONP para dictar las normas complementarias a dicha reglamentación, ello no puede significar desnaturalizar ni desfigurar lo que se normó sobre la materia, y menos aun permitir que contravengan los derechos reconocidos constitucionalmente.

Sin embargo, tal como está propuesta la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP, lo que está haciendo es impedir en la práctica que la cuenta de capitalización de afiliados refleje realmente los aportes efectuados al Sistema Nacional de Pensiones.

¿Quién más que la propia ONP para saber cuánto se aportó para cada uno de sus asegurados? No es que sea ilógico pedir que sea la propia persona la que haga el pedido para la formulación de un bono de reconocimiento, ni que en ella consigne el nombre de sus empleadores, pero lo que sí es excesivo e irrazonable es que la persona se vea impedida de variar los datos estipulados en su solicitud, cuando es la misma ONP la que está en mejor capacidad de conocer qué empleador realizó aportes o no.

7. Por los argumentos esgrimidos, este Colegiado considera que la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser declarada inaplicable, toda vez que afecta el derecho fundamental a un debido proceso del recurrente por no tener la capacidad de aportar nuevos datos a su solicitud de bono de reconocimiento, ni tener la capacidad de interponer recursos contra su denegatoria.

Asimismo, por estar basadas en esta norma, también deben ser declaradas, en el caso concreto, nula la Resolución N° 892-2001-DB/ONP, de fecha 21 de febrero de 2001, que desestimó el recurso de reconsideración, y nula la Resolución N° 1948-2002-GO/ONP, de fecha 31 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de apelación.

§4. Consecuencias de la sentencia

8. De lo expresado queda claro que se debe declarar inaplicables las resoluciones emitidas por la ONP, pero ello no importa necesariamente que este ente debe aumentar de manera automática el bono de reconocimiento del recurrente.

Como resultado de haberse estimado la demanda, lo único que posibilita es que no pueda utilizarse, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, el injusto y atentatorio impedimento para acceder a la correcta determinación del valor nominal del bono, con todos los aportes de los empleadores que la persona tuvo durante su vida laboral.

Por tanto, luego de esta sentencia, queda expedito el camino para que en la propia ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

§5. El precedente extraíble en el presente caso

9. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, se concluye que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado

o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del Decreto Supremo N° 180-94-EF.

En consideración de lo expuesto, y de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y a lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, este Tribunal considera que las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

- A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo VII del CPC, puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación de bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.
- B) Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

En consecuencia, la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicable por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda planteada por afectar el derecho al debido proceso del recurrente, y en consecuencia, inaplicable, por inconstitucional, la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP, nula la Resolución N° 892-2001-DB/ONP, y nula la Resolución N° 1948-2002-GO/ONP.
2. Autorizar a la ONP para que, en el procedimiento de evaluación del bono de reconocimiento, proceda a la calificación de los aportes al SNP por el recurrente, aun cuando en su solicitud no los hubiera consignado.
3. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 9, *supra*, de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDAARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI

21. STC N° 7281-2006-PA, CASO SANTIAGO TERRONES CUBAS

Nro. de STC	7281-2006-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Santiago TERRONES CUBAS
Demandado	AFP Profuturo
Fecha de Publicación en la Página Web	4 de mayo del 2007
Fecha de Publicación en El Peruano	15 de mayo del 2007
Fundamentos Vinculantes	27 y 37
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación de una AFP (fundamento 27). 2. Procedimiento a seguir para la desafiliación en el supuesto de falta o insuficiencia de información (fundamento 37).
Fallo	Fundada / Improcedente
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. El reglamento de la Ley N° 28991 (Ley sobre desafiliación de las AFP) no contempla el supuesto de falta o insuficiencia de información, ni un procedimiento específico para el mismo.

**EXP. N° 07281-2006-PA/TC
LIMA
SANTIAGO TERRONES
CUBAS**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de abril de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Terrones Cubas contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 126, su fecha 24 de agosto de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 14 de enero de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Profuturo, en resguardo de su derecho de libre acceso a la seguridad social, con el objeto de que se disponga su retorno al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), se le devuelva los aportes legales que efectuó, con sus intereses legales, se ordene que se haga entrega de su bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación, y se disponga a su favor el pago de costos y costas del proceso.

Manifiesta haber aportado más de cuarenta años al SNP, a la fecha en que celebró el contrato de afiliación, y que se afilió por la distorsionada información que le dieron los promotores de la AFP.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 23 de setiembre de 2004, la emplazada contesta la demanda aduciendo que no existe violación de derecho constitucional alguno y menos en lo que concierne a supuestos derechos de libre contratación y, en cuanto a los fundamentos de la pretensión, que se requiere de una etapa probatoria.

Asimismo, refiere que se ha limitado a dar cumplimiento a normas legales expresas, con sustento constitucional, por lo que, en el fondo, la demanda pretende cuestionar dichas normas.

También refiere que tanto el Tribunal Constitucional (TC) como las cortes superiores y juzgados de primera instancia ya se han pronunciado de manera reiterada y uniforme respecto a la improcedencia de la demanda de amparo para declarar la nulidad de afiliación; y que estos pronunciamientos guardan concordancia con la opinión del Defensor del Pueblo y miembros del Congreso.

Refiere que el demandante decidió incorporarse al Sistema Privado de Pensiones (SPP) libre y voluntariamente, conforme reconoce en su demanda; prueba de ello es que con fecha 24 de febrero de 1994 se afilió a AFP Horizonte, haciendo uso de su libertad de afiliación, y con fecha noviembre de 1998 se trasladó a la demandada.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 30 de noviembre de 2004, el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima declara fundada la demanda por considerar que el recurrente ha cumplido con formalizar el pedido de su retorno al SNP y que se restringe ilegítimamente su libertad de contratación.

Asimismo, precisa que no se requiere de agotamiento de ninguna estación probatoria, como refiere la demandada, pues resulta suficiente la constatación de lo hechos debatidos, así como el análisis e interpretación de las normas aludidas. En dicha línea argumentativa, declara inaplicables al demandante las normas legales que restringen su libertad de libre afiliación y ordena que la AFP Profuturo lo desafilie de su institución.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 24 de agosto de 2005, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por considerar que los artículos 10° y 11° de la Constitución lo que garantizan es el derecho a la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones de sus ciudadanos, mas no el derecho de resolver libremente los contratos celebrados con las entidades que forman parte del SPP.

Explica también que de no ser así, la propia Constitución entraría en contradicción, desde que su artículo 62° garantiza que las partes pueden pactar válidamente, según las normas vigentes al tiempo de contrato, y cautela que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes o disposiciones de otra clase.

III. DATOS GENERALES**A) Supuesto daño constitucional**

El presente proceso constitucional de amparo fue iniciado por don Santiago Terrones Cubas contra la AFP Profuturo. El acto lesivo se habría producido con la negativa de que pueda retornar al SNP, al estar en una AFP.

B) Reclamación constitucional

El demandante alega afectación de sus derechos constitucionales a la seguridad social (artículo 10°) y al libre acceso al SNP (artículo 11°). Sobre esta base, solicita lo siguiente:

- Retornar al SNP, regulado por el Decreto Ley N° 19990
- Que se le devuelva los aportes, intereses legales y bono de reconocimiento.
- Que se le abone los costos y costas.

C) Cuestiones constitucionales relevantes

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado se abocará a responder las siguientes preguntas:

- * ¿De qué manera se compatibiliza la sentencia 1776-2004-AA/TC y la Ley N° 28991?
- * ¿Es aceptable constitucionalmente y aplicable por los operadores jurídicos la causal de la falta o insuficiencia de información para el inicio del trámite de retorno al SNP?
- * ¿Cuál es el trámite que las entidades involucradas en la desafiliación parcial deben seguir para el caso de la alegación de una falta o insuficiencia de información?
- * ¿Cómo se solucionará el caso concreto?

D) Norma aplicable al caso concreto

Pese a que la demanda fue planteada cuando estaba aun vigente la Ley N° 23506, es pertinente resolverla de acuerdo al Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), en virtud de la aplicación inmediata que este preceptúa en su Segunda Disposición Transitoria. La presente causa, entonces, se dilucidará bajo las prescripciones de este Código, más aún si su utilización no representa afectación alguna de los derechos del demandante y demandadas.

IV. FUNDAMENTOS**§1. Precisión del petitorio de la demanda**

1. El demandante pretende que el Tribunal Constitucional disponga su retorno al SNP alegando que se ha vulnerado su derecho fundamental al libre acceso a la pensión, pues los promotores de la AFP, para que se afilie, le habrían brindado información distorsionada. Asimismo, solicita que se ordene la devolución de sus aportes e intereses legales y el bono de reconocimiento a la ONP, la cual deberá proceder al pago de su pensión de jubilación del recurrente; así como el pago de costos y costas del proceso.

§2 Los supuestos de desafiliación de la sentencia 1776-2004-AA/TC y la Ley N° 28991

2. En la sentencia 1776-2004-AA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 9 de febrero de 2007, este Colegiado estableció jurisprudencia sobre la posibilidad del retorno de los pensionistas del SPP al SNP.
3. Sobre la base del artículo 11° de la Norma Fundamental, que consagra el derecho al libre acceso a la pensión, este Colegiado estableció que es constitucionalmente razonable el retorno parcial al SNP, permitiéndose la desafiliación solo en tres supuestos, los cuales ya se encontraban previstos en la legislación infraconstitucional sobre la materia (fundamentos 35 y siguientes); a saber:
 - a) Si la persona cumplía los requisitos establecidos para acceder a una pensión en el SNP antes de trasladarse a una AFP;
 - b) Si se están protegiendo labores que impliquen un riesgo para la vida o la salud; y,
 - c) Si no existió información o si esta fue insuficiente para que se realizara la afiliación.
4. En cualquiera de estos supuestos este Colegiado precisó que se debía declarar fundada la demanda correspondiente. Sin embargo, aclaró que el efecto de la sentencia no implicaba la desafiliación automática, sino que ordenaba el inicio del trámite de desafiliación ante la AFP que corresponda y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS). Consecuentemente, el pedido de desafiliación inmediata debía ser desestimado por improcedente. Como puede apreciarse, lo decidido por el TC significaba ordenar a las entidades encargadas del trámite de desafiliación la habilitación de tal procedimiento.

5. A tal efecto, el Congreso de la República ha expedido la Ley N.º 28991, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 2007, la cual, de conformidad con el artículo 118º, inciso 8) de la Constitución, será reglamentada. La ley contempla las dos primeras causales establecidas por la sentencia 1776-2004-AA/TC: el cumplimiento de requisitos está previsto en el artículo 2º, y la realización de labores de riesgo, en la Primera Disposición Transitoria y Final. La Ley mencionada no hace referencia, sin embargo, a la falta o insuficiencia de información.
6. Adicionalmente agrega una causal, la misma que está prevista en el artículo 1º: “Podrán desafiliarse y retornar al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) todos los afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP) que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, y que al momento de hacer efectiva tal desafiliación les corresponda una pensión de jubilación en el SNP, independientemente de la edad”.
7. Ahora bien, tanto la ley como la sentencia mencionada coinciden en que lo que ambas posibilitan; es decir que prevén, como consecuencia, habilitar el inicio del trámite de desafiliación. Quiere ello decir que, sea por lo resuelto por el Tribunal Constitucional, como por la aplicación de los supuestos previstos en la mencionada ley, los efectos son los mismos; esto es, el demandante que considere que su caso se encuentra comprendido en dichos supuestos, podrá iniciar el referido procedimiento a efectos de que, si le corresponde, alcance la desafiliación que persigue.

§3. La falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación

8. Respecto a la causal desarrollada por este Colegiado, referida a la falta o insuficiencia de información, es necesario enfatizar que esta tiene sustento constitucional directo por diversas razones, las mismas que se detallan a continuación.
9. En primer lugar, el reconocimiento normativo de esta causal de desafiliación se encuentra expresamente previsto en la propia Constitución, a través de su artículo 65º, el cual señala que
“el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (...)”.
10. Esta causal contemplada expresamente en este dispositivo constitucional permite que las personas puedan adoptar una *decisión informada*; lo cual, en

- el caso del derecho a la pensión, tiene especial relevancia, dada su vinculación con otros derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, la vida, la salud, entre otros.
11. Por ello es que, en la medida que la decisión de optar por un sistema de pensiones público o privado incide en otros derechos fundamentales, el Estado está en la obligación de garantizar, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución, que la información que la persona debe tener previamente para decidir por uno de los sistemas de pensiones antes mencionados, sea, como ha señalado ya este Tribunal (STC 3315-2004-AA/TC, fundamento 9), veraz, suficiente, completa y, además, de fácil acceso.
 12. En segundo lugar, la causal de falta o insuficiencia de información se deriva de los artículos 10º y 11º de la Constitución, los cuales señalan, respectivamente, que:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida, y que

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
 13. Ello es así porque, como el Tribunal Constitucional ha precisado (STC 0050-2004-AI/TC y otros, fundamento 107), el contenido esencial del derecho a la pensión está constituido por tres elementos, a saber: (1) el derecho de acceso a una pensión, (2) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y (3) el derecho a una pensión mínima vital.
 14. Evidentemente, la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información está estrechamente vinculada con el derecho de acceder a la pensión por cuanto, si bien el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión radica en el libre acceso o retiro de ella, solo será posible realizar este derecho sobre la base de una decisión razonablemente informada.
 15. Justamente, en el fundamento 39 de la mencionada sentencia 1776-2004-AA/TC, se ha mencionado que:

(...) Este Tribunal no puede menos que admitir la validez constitucional del retorno establecido. Y no de otra forma en efecto podía ser, pues, al final de cuentas, detrás de esa regla establecida por el legislador se esconde una perversa solución. Efectivamente, la ausencia de información, que induce a una persona a cambiarse de sistema de pensiones, no solo comporta un vicio

de la voluntad que afectaría con la sanción de nulidad el acto de traslado mismo, sino que, además, ello se ha efectuado con violación del derecho fundamental de ser informados en forma veraz (sentencia 0905-2001-AA/TC), generándose así la violación del derecho a la pensión (...).

16. En tercer lugar, la causal de desafiliación a la que se viene haciendo referencia, debido a que su fundamento constitucional directo reposa en los artículos 10º, 11º y 65º de la Constitución, no puede quedar mediatizada en su cumplimiento por la omisión por parte del legislador. De ser así, el mandato constitucional que se deriva de las disposiciones constitucionales antes precisadas quedaría librado a la voluntad del Congreso de la República, lo cual no se condice con el principio de supremacía jurídica de la Constitución, reconocido en su artículo 51º, ni tampoco con la eficacia directa de los derechos fundamentales.
17. En ese sentido, es evidente que si existe un mandato constitucional expreso y directo concerniente a la falta o ausencia de información como causal de desafiliación, y el legislador ha omitido regular la concreción de dicha disposición constitucional, corresponde al Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete y guardián de la Constitución y los derechos fundamentales, asumir un rol activo de protección del derecho fundamental al libre acceso a la pensión.
18. Y no podría ser de otro modo por cuanto el artículo 139º, inciso 8 de la Constitución reconoce, precisamente, como uno de los principios de la función jurisdiccional, el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Por ello, frente a la omisión legislativa de la causal de desafiliación por falta de información o deficiencia de la misma, no se puede dejar de administrar justicia constitucional, pues en último término es la Constitución la que otorga validez y legitimidad constitucional a las leyes, y no a la inversa.
19. Estos tres argumentos de sustento constitucional directo, por tanto, son los que fundamentan la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información. No obstante y a mayor abundamiento, no se puede dejar de señalar que las causales de desafiliación que este Tribunal reconoció en la sentencia constitucional 1776-2004-AA/TC han estado y están reconocidos en la normatividad infraconstitucional.
20. En el caso de la falta o insuficiencia de información, esta se previó en el Decreto Ley N° 25897 (bajo la expresión de ‘creencia equivocada’) e inclusive aun se mantiene vigente la nulidad de afiliación prevista en el artículo 51º, inciso f) de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, para el caso en que se brinde

información equivocada, habilitándose también tal posibilidad al órgano administrativo competente encargado de iniciar el trámite de desafiliación.

21. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la propia Ley N° 28991 establece una sanción por deficiencia de información. En efecto, la Sexta Disposición Transitoria y Final de dicha Ley expresa lo siguiente:
“La SBS deberá establecer las sanciones que correspondan a las AFP que hayan inducido a error, por mala información, a los trabajadores en la afiliación al SPP. Los criterios para determinar el error por mala información serán establecidos en el reglamento de la presente Ley”.
22. Por tanto, una falla en la información que tanto la AFP como el Estado dispensan al afiliado puede ser motivo de una desafiliación. En consecuencia, tal como se ha venido explicando, y tomando en consideración el principio constitucional de cooperación y colaboración que debe guiar la actuación de los poderes públicos y órganos constitucionales (STC 0004-2004-CC/TC), este Colegiado estima necesario que la causal mencionada como forma de desafiliación también sea admitida, con el objeto de que no se vulnere el contenido esencial del derecho fundamental al libre acceso a la pensión.
23. En este entendido, cuando el Tribunal Constitucional precisa el contenido que tiene un derecho fundamental, por su calidad de supremo intérprete de la Constitución –tal como lo señala el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301–, los jueces, las autoridades administrativas y las AFPs están obligadas a aplicar los criterios establecidos en la sentencia 1776-2004-AA/TC y en la Ley N° 28991 de manera directa, inmediata y obligatoria.
24. Por tales razones, entonces, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa competente a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación establecido por la Ley N.º 28991 y que será desarrollado en su reglamento, sin desconocer los requisitos establecidos en la ley y en el artículo 65º de la Constitución, referido a la falta o insuficiencia de la información, de acuerdo a lo señalado en la jurisprudencia de este Colegiado.
25. Lo contrario importaría que no se proteja adecuadamente los derechos fundamentales de las personas, máxime si ya se ha pronunciado al respecto tanto el Congreso de la República como el Tribunal Constitucional. Aun más, esperar más tiempo significaría, por un lado, negar, en el plano material, la salvaguardia real y oportuna de los derechos fundamentales de la persona;

y, por otro, constituiría una vulneración del artículo 44º de la Constitución, que establece como uno de los deberes esenciales del Estado el pleno respeto y la vigencia de los derechos fundamentales.

26. Como están claramente establecidos los supuestos y la forma en que se llevará a cabo el inicio del trámite de desafiliación, si los jueces, las autoridades administrativas y las AFPs desconocen las reglas emitidas, estará expedita la aplicación de las medidas coercitivas previstas en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.
27. Con tal propósito, el Tribunal Constitucional considera menester establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la **falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación** en el siguiente sentido:
- 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:** El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65º de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

§4. **Relación constitucional entre el presente precedente vinculante y la Ley N° 28991**

28. Visto ello y antes de resolver el caso concreto, el Tribunal Constitucional considera necesario precisar que los precedentes vinculantes que dicta constituyen también fuente del Derecho, frente a un supuesto como el presente en el cual el legislador no ha previsto en la Ley N° 28991 una causal de desafiliación –como la falta o deficiencia de información– establecida por este Colegiado en la sentencia 1776-2004-AA/TC, de modo que la relación que se plantea entre la Ley aludida y el precedente vinculante que establece ahora este Colegiado en la presente sentencia es una relación de integración jurídica antes que de jerarquía o de exclusión de una con respecto al otro, y viceversa.

29. Ello porque, como ya se dijo, la causal de desafiliación por falta o deficiencia de información –no prevista en la Ley pero sí en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– tiene un sustento constitucional directo en el artículo 65º de la Constitución, el cual señala que el Estado garantiza el derecho de las personas a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.
30. Siendo así, el hecho de que el legislador haya omitido prever esta causal de desafiliación –prescrita en el artículo 65º de nuestra Norma Fundamental, no quiere decir en modo alguno que los poderes del Estado, órganos constitucionales y entidades administrativas o privadas, puedan sustraerse del cumplimiento del presente precedente vinculante, en la medida que constituye una concretización de la disposición constitucional antes mencionada.
31. Por ello, ante el vacío o deficiencia de una disposición legal, los jueces constitucionales no pueden dejar de administrar justicia, tal como ya se ha señalado, por ser un mandato constitucional establecido en el artículo 139º, inciso 8 de la Constitución, que prevé como uno de los principios de la función jurisdiccional constitucional y ordinaria el de
- “(…) no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

§5 **Sobre el procedimiento a seguir para el supuesto de desafiliación por falta o insuficiencia de información**

32. En virtud del artículo 51º de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe dejar establecido, respecto a la sentencia 1776-2004-AA/TC, la forma como esta deberá ser acatada tanto por la SBS como por las propias AFPs.
33. Al respecto, si bien no existe aun un procedimiento de desafiliación para el supuesto de falta o deficiencia de información, este Colegiado estima pertinente precisar que el procedimiento a seguir es el que reconozca el reglamento de la Ley N° 28991, el mismo que habrá de ajustarse, tal como lo contempla el Art. 4º de dicha Ley citada, a los siguientes criterios:

“El procedimiento de desafiliación no deberá contemplar ninguna restricción a la libertad del trabajador para desafiliarse.

El procedimiento deberá considerar toda la información para que el afiliado tome libremente su decisión. La información relevante considera, por lo menos,

el monto de pensión estimado en el SNP y en el SPP, el monto adeudado por el diferencial de aportes y las constancias de haber cumplido con los requisitos de años de aporte para tener una pensión en el régimen pensionario respectivo, certificados por la SBS y la ONP, entre otros.

Dicho procedimiento será establecido por el Reglamento de la presente Ley, a propuesta de la SBS”.

34. Pero hasta que ello suceda y en la medida que la eficacia directa de los derechos fundamentales no puede quedar mediatizada hasta la expedición del Reglamento, es constitucionalmente necesario que se aplique supletoriamente el procedimiento establecido en el artículo 52º de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, en lo que sea pertinente.
35. Aparte de considerarse las precisiones realizadas por este Tribunal en la sentencia 1776-2004-AA/TC, así como en su resolución aclaratoria, en virtud del deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales (artículo 118º, inciso 9 de la Constitución) que dicten los jueces constitucionales, para el inicio del trámite de desafiliación no será necesario presentar solicitud alguna por parte del afiliado, pues en dicha resolución ya viene contenida dicha petición.
36. Asimismo, la ONP está obligada a reincorporar al trabajador al SNP luego de que la SBS declare fundado el pedido de desafiliación. No es admisible constitucionalmente, sobre todo a partir de lo prescrito en los artículos 10º y 11º de la Constitución, que una persona que logra su desafiliación del SPP no pueda gozar luego de su pensión, si le correspondiera.
37. Atendiendo a ello, este Colegiado considera necesario establecer también como precedente vinculante las siguientes pautas respecto al **procedimiento de desafiliación**:
 - 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:** El Tribunal Constitucional establece que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N° 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52º

de la Resolución N° 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia.

§6. Análisis del caso concreto

38. En el caso de autos, tal como se advierte de la demanda (fojas 21 del Expediente), se ha brindado una deficiente información al recurrente por parte de los promotores de las AFPs –‘distorsionada información’-. Por tal razón, debe ser estimada la demanda planteada en el extremo que invoca como causal de desafiliación la falta o insuficiencia de información, prevista como habilitante para el retorno parcial al SNP. Sin embargo, como se ha sostenido a lo largo de la presente sentencia, lo que se permitirá es solamente el inicio del trámite de desafiliación por parte de la AFP demandada y de la SBS, pero no la desafiliación inmediata.

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

HARESUERTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda constitucional de amparo por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias; en consecuencia, ordena a la SBS y a la AFP el inicio, a partir de la notificación de la presente sentencia, del trámite de desafiliación conforme a los argumentos desarrollados *supra*.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de dejar sin efecto de manera inmediata la afiliación realizada y lo demás solicitado por el recurrente.
3. Ordenar la remisión de los actuados a la autoridad administrativa competente para la realización del trámite de desafiliación.
4. Ordenar a la SBS, a las AFPs, a la ONP y a todos los jueces de la República cumplir en sus propios términos los precedentes vinculantes establecidos en los fundamentos 27 y 37 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.
LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
MESÍA RAMÍREZ

22. STC N° 4853-2004-PA, CASO DIRECCIÓN GENERAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD

Nro. de STC	4853-2004-PATC
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	DIRECCIÓN GENERAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD
Demandados	<ol style="list-style-type: none"> 1. Magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo 2. Juez del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo
Fecha de Publicación en la Página Web	22 de mayo del 2005
Fecha de Publicación en El Peruano	13 de setiembre del 2007
Fundamentos Vinculantes	39 y 40
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia del amparo contra amparo (fundamento 39). 2. Improcedencia del amparo contra amparo (fundamento 39). 3. Pretensión del amparo contra amparo (fundamento 39). 4. Sujetos legitimados para presentar una demanda de amparo contra una <u>resolución estimatoria ilegítima de segundo grado</u> (fundamento 39). 5. Sujetos legitimados para presentar una demanda de amparo contra una <u>resolución denegatoria de segundo grado</u> (fundamento 39).

	<p>6. Número de veces que procede un amparo contra amparo (fundamento 39).</p> <p>7. Órgano jurisdiccional competente para conocer un amparo contra amparo (fundamento 39).</p> <p>8. Procedencia del recurso de agravio constitucional a favor del precedente (fundamento 40).</p>
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

EXP. N° 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° 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° 1954-02), luego de apelar la resolución de primer grado, solo 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° 25398, Ley Complementaria de la Ley de Amparo y Habeas 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° 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 solo 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 solo 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 4º del mismo Código Procesal Constitucional(...)”. (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N° 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 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 solo 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° 200-2002-AA/TC, para la procedencia del “amparo contra amparo”, señalaba que solo 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. Esta fue una regla elaborada conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 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° 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 (habeas corpus y habeas data)”⁽¹⁾. 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. Solo 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 habeas corpus y habeas data. Nada justifica por tanto, que el objeto de protección en el “amparo contra amparo” se reduzca solo a los aspectos formales del debido proceso.

§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 solo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscipciones 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, este 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 este 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.P.Const., 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 solo 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 habeas corpus, amparo, habeas 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° 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^[2] 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 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”^[3].

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 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 solo 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 solo 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 habeas corpus, amparo, habeas 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 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 Constitucional 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 en su dimensión subjetiva, esto es, referido solo 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^[4], “(...)la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo 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!”. De este modo los procesos constitucionales no solo 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 solo 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, desacatando un precedente 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 solo 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, este 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 solo permite acceso al demandante vencedor en segunda instancia, mas nunca al emplazado, 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 esta 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 este, 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 solo 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 esta 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*, solo 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. Las 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 solo 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° 39, así como las reglas indicadas para la admisión del recurso de agravio a favor del precedente a que se refiere el fundamento N° 40 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

[1] Fundamento Jurídico N° 12

[2] Así por ejemplo, en el caso de la constitucionalidad de las Leyes Nos 25153 y 27796, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional en las SSTC Nos 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° 04245-2006-AA/TC

[3] cf. STC. 5854-2005-AA/TC, FJ 12.

[4] 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.

**23. STC N° 6612-2005-PA CASO ONOFRE
VILCARIMA PALOMINO**

Nro. de STC	6612-2005-PA/TC
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Onofre VILCARIMA PALOMINO
Demandado	ONP
Fecha de Publicación en la Página Web	31 de diciembre del 2007
Fecha de Publicación en El Peruano	19 de enero del 2008
Fundamentos Vinculantes	19 al 28
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Prescripción de la pensión vitalicia (fundamento 19) 2. Ámbito de protección del Decreto Ley N° 18846 y del Decreto Supremo N° 002-72-TR (fundamento 20) 3. Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 21) 4. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 22) 5. El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 23) 6. La pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 24)

	<ol style="list-style-type: none"> 7. El arbitraje en el Seguro Complementario en el Trabajo de Riesgos (SCTR) y la excepción de convenio arbitral (fundamento 25) 8. Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 26) 9. La inversión de la carga de la prueba (fundamento 27) 10. Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo (fundamento 28)
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

**EXP. N° 6612-2005-PA/TC
ICA
ONOFRE VILCARIMA
PALOMINO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Huaura, a los 18 días del mes de diciembre de 2007 el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Álvarez Miranda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Onofre Vilcarima Palomino contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 81, su fecha 12 de abril de 2005 que declara fundada la excepción de arbitraje e improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 15 junio de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros,

solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer de una enfermedad profesional. Afirma que trabajó en la empresa minera Shougang Hierro del Perú S.A.A., desde el 13 de marzo de 1971 hasta el 13 de febrero de 2001, realizando labores de extracción de hierro en minas a tajo abierto y, como consecuencia de ello, contrajo la enfermedad profesional de neumoconiosis.

La demandada contesta la demanda proponiendo excepción de convenio arbitral; señala, de otro lado, que para el goce de una pensión de invalidez es requisito indispensable que el demandante haya percibido el subsidio por incapacidad temporal que otorga el Seguro Social de Salud. Asimismo, señala que la invalidez debe ser declarada por el Instituto Nacional de Rehabilitación.

La resolución de primer grado declara fundada la excepción de arbitraje; la misma que fue confirmada por el mismo fundamento.

III. FUNDAMENTOS

Derecho fundamental a la pensión y convenio arbitral

1. Como puede apreciarse se ha planteado una excepción de convenio arbitral, por lo que antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es necesario resolver la excepción de convenio arbitral propuesta por la demandada.

Al respecto, el Decreto Supremo N° 003-98-SA 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”.

2. Como puede verse, de conformidad con la disposición antes mencionada, ante una discrepancia sobre el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación la parte que esté disconforme con ella puede solicitar la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tiene el carácter de cosa juzgada.
3. Al respecto cabe señalar que el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia *vertical* – frente a los poderes del Estado– y *horizontal* –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que estos no solo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional.
4. La Constitución (artículo 1º) establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta disposición constitucional es la “piedra angular” de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y, a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.
5. En ese sentido la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le de un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dinamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuentes* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos.

6. En la medida en que los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa *centralidad* implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200º) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.
7. Esto mismo puede predicarse de los denominados derechos sociales, por cuanto estos no pueden ni deben ser concebidos como derechos *programáticos* sino más bien como derechos *progresivos*. La diferencia entre uno y otro –que no es para nada irrelevante– radica en que si se asume que los derechos fundamentales son programáticos el Estado no asume obligación alguna para garantizar su plena eficacia, mientras que lo *progresivo* sí comporta la obligación positiva y negativa del Estado de otorgar en la mayor medida posible –esto es dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas– las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general y del derecho a la pensión en particular.
8. En el caso concreto se trata del derecho fundamental a la pensión pero en relación con el derecho fundamental a la vida (artículo 2º inciso 1 de la Constitución) y con el derecho a la salud (artículo 7º de la Constitución), en la medida en que el demandante afirma padecer de neumoconiosis. Frente a este supuesto una disposición legal en el sentido que establece el Decreto Supremo Nº 003-98-SA, en relación con el convenio arbitral, no se condice ni con el carácter fundamental de los derechos reconocidos en la Constitución ni con su naturaleza de indisponible como es el caso del derecho fundamental a la salud, contraría, de otro lado, los deberes fundamentales que asume el Estado (artículo 44º de la Constitución). De ahí que no puede concluirse, bajo interpretación formalista de esta disposición, que “en el presente caso la vía arbitral ya está predeterminada por ley”.
9. En ese sentido, siendo que en el presente caso están de por medio no solo el derecho fundamental a la pensión sino también a la vida y a la salud, su adecuada protección debe ser determinada por un órgano jurisdiccional y vía el proceso correspondiente, más aun si el artículo 1º de la propia Ley General de Arbitraje (Ley Nº 26572), *contrario sensu*, establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre

las cuales las partes no tienen facultad de libre disposición. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que este Tribunal en casos similares al presente, ha venido desestimando excepciones de convenio arbitral; así, por ejemplo, tenemos a las sentencias recaídas en los expedientes 7627-2005-PA, 7641-2005-PA y 10063-2006-PA, entre otras.

Pensión de invalidez por enfermedad profesional

10. Este Colegiado, en la STC 1008-2004-AA/TC, ha precisado los criterios para otorgar la renta vitalicia por enfermedad profesional, determinando el grado de incapacidad generado por la enfermedad según su estadio de evolución, así como la procedencia del reajuste del monto de la renta percibida conforme se acentúa la enfermedad y se incrementa la incapacidad laboral.
11. Al respecto cabe precisar que el Decreto Ley Nº 18846 fue derogado por la Ley Nº 26790, publicada el 17 de mayo de 1997, que estableció en su Tercera Disposición Complementaria que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley Nº 18846, serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP.
12. Mediante el Decreto Supremo Nº 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgos, cuyo artículo 3º señala que enfermedad profesional es todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.
13. A fojas 2 obra el Examen Médico Ocupacional expedido por la Dirección General de Salud Ambiente – Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2000, en el que consta que el demandante padece de neumoconiosis en primer estadio de evolución.
14. De acuerdo con los artículos 191º y siguientes del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, el examen médico–ocupacional que practica la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional, del Ministerio de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional que padece el recurrente, conforme a la Resolución Suprema Nº 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, requiriendo el demandante atención prioritaria e inmediata, por lo que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud.

15. En el referido examen médico no se consigna el grado de incapacidad física laboral del demandante; sin embargo, en aplicación de la Resolución Suprema N° 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, este Colegiado interpreta que en defecto de un pronunciamiento médico expreso, la neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución produce, por lo menos, *Invalidez Parcial Permanente*, con un grado de incapacidad no menor a 50%, y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66.6%, generando una *Invalidez Total Permanente*, ambas definidas de esta manera por los artículos 18.2.1 y 18.2.2. del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo.
16. Al respecto el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo N° 003-98-SA define la invalidez parcial permanente como la disminución de la capacidad para el trabajo en una proporción igual o superior al 50%, pero menor a los 2/3 (66.66%), razón por la cual corresponde una pensión de invalidez vitalicia mensual equivalente al 50% de la Remuneración Mensual. En cambio el artículo 18.2.2 señala que sufre de invalidez total permanente quien queda disminuido en su capacidad para el trabajo en forma permanente, en una proporción igual o superior al 66.66%, en cuyo caso la pensión de invalidez vitalicia mensual será igual al 70% de la Remuneración Mensual del asegurado, equivalente al promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, entendiéndose como tal al accidente o enfermedad profesional sufrida por el asegurado.
17. Por tanto advirtiéndose de autos que el demandante estuvo protegido durante su actividad laboral por los beneficios del Decreto Ley N° 18846, le corresponde gozar de la prestación estipulada por su norma sustitutoria y percibir una pensión de invalidez permanente parcial equivalente al 50% de su remuneración mensual, en atención a la incapacidad orgánica funcional que padece a consecuencia de la neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución.
18. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho, este Tribunal estima que al haberse calificado como prueba sucedánea idónea el examen médico presentado por el recurrente, en defecto del pronunciamiento de la Comisión Evaluadora de Incapacidades, la contingencia debe establecerse desde la fecha del pronunciamiento médico 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 –antes renta vitalicia– en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, más los intereses legales generados por el pago inoportuno de la prestación debida.

Precedentes constitucionales vinculantes

Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia

- 19.a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.*

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

20. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.* Asimismo debe señalarse que: *los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad*

profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29º del Decreto Supremo 011-74-TR.

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

- 21.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.*

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

- 22.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:** El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: *a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad*

permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

- 23.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha*

de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

- 24.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

- 25.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *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, 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.*

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

- 26.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

- 27.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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

- 28.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: Al haberse establecido como criterio vinculante que solo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

- i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aun no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.
- ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.
- iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen

médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de arbitraje planteada por la demandada; y **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar que la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros le otorgue al demandante la prestación económica que le corresponde conforme a la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 23 de octubre de 2000, conforme a los fundamentos de la presente, con el abono de devengados, intereses legales y costos procesales.

Publíquese y notifíquese

S S .

**LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N° 6612-2005-PA/TC
ICA
ONOFRE VILCARIMA
PALOMINO

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA
RAMÍREZ, VERGARA GOTELLI Y ÁLVAREZ MIRANDA**

Los diez precedentes vinculantes que se establecen en la presente sentencia, tienen su origen en los fundamentos 91, 93, 94, 97, 103, 106, 109, 115, 116, 118, 119, 127, 140 y 146 de la sentencia recaída en el Exp. N° 10063-2006-PA/TC, caso Padilla Mango, visto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados MESÍA RAMÍREZ, VERGARA GOTELLI y ÁLVAREZ MIRANDA.

Consideramos que la presente sentencia debió reproducir la argumentación racional y lógica que sirvió de fundamento a las reglas que hoy se elevan a precedentes vinculantes, por ser parte constitutiva de su *ratio decidendi*.

Los argumentos y fundamentos omitidos son los siguientes:

1. Un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias. A las incoherencias y vacíos de la legislación se ha sumado la inactividad de un Estado indolente que soslaya el cumplimiento de sus obligaciones legales, como por ejemplo, instaurar las Comisiones Médicas Evaluadoras, supervisar el cumplimiento de las leyes laborales mineras, lo que exigían del Juzgador el deber de administrar justicia, recurriendo a la aplicación supletoria de leyes afines, o a la integración de los ámbitos lagunosos del ordenamiento a través de la jurisprudencia internacional. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes. Para este efecto, se abordarán las siguientes materias:
 - a. La preceptividad de la seguridad social como derecho fundamental, social

- y como garantía institucional; su contenido y su relación con la protección de las enfermedades profesionales.
- b. El modelo económico consagrado por la Constitución Política y su relación con los derechos sociales, especialmente con el derecho a la salud, así como las obligaciones que nuestra normatividad ha reconocido al Estado para la protección del derecho a la salud; y su relación con el sistema del seguro social de salud para la protección de las enfermedades profesionales, así como las entidades encargadas de su protección.
- c. Si los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional respecto a la protección que brinda la seguridad social a las enfermedades profesionales, deben ser mantenidos, cambiados o racionalizados para adecuarlos a las exigencias sociales cambiantes y a la protección efectiva de los derechos fundamentales sociales.
- d. El rol del Estado en la protección de los riesgos profesionales y en la prevención de riesgos en la actividad minera.

2.§ El derecho a la seguridad social como un derecho social

2. El derecho a la seguridad social en pensiones y en salud (artículos 10° y 11°), de acuerdo con la clasificación dispuesta en la Constitución Política, se ubica dentro de los denominados *derechos sociales y económicos*. Por ello, cuando este Tribunal ha desarrollado el modelo de seguridad social establecido por la Constitución Política de 1993, ha advertido que el punto de partida para la solución de cualquier controversia relacionada con el acceso a las prestaciones que brinda la seguridad social en pensiones [derecho a la pensión] y en salud, debe comenzar por precisar la naturaleza y eficacia de los denominados *derechos sociales*.
3. En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos prestacionales, este Tribunal^[1] ha señalado que los derechos sociales no son meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente.

4. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho.
5. Y es que la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos *deberes de solidaridad*, en el entendido que conseguir el bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de este.
6. En tal sentido, este Tribunal, al evaluar la afectación del derecho a la salud, ha precisado que la preceptividad diferida no implica el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección).^[2] Así, de su relación indisoluble con la dignidad de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales.
7. Recientemente, el tratamiento que la jurisprudencia brinda a los derechos sociales se ha caracterizado por sostener con cierto grado de uniformidad^[3] que los derechos sociales son, además de derechos–reglas, claros derechos–principios que postulan la necesidad de alcanzar objetivos determinados y dejan abiertas las vías para lograrlos. Por ello, cuando un derecho fundamental social tiene carácter optimizable, ello no quiere decir que este pueda ser incumplido sino que, siguiendo el carácter de eficacia directa e inmediata de la Constitución, también debe ser plenamente efectivizado a favor de sus titulares. En este supuesto el ámbito legislativo opera como un medio para conseguir el fin constitucionalmente previsto.

8. En tal sentido, tanto el derecho a la seguridad social en pensiones y en salud como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.

2.1. § El derecho a la seguridad social como derecho fundamental y garantía institucional

9. El artículo 10º de la Constitución reconoce y garantiza el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad y el Estado provean instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.
10. En tal sentido, el derecho a la seguridad social como derecho fundamental tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida, lo cual se concreta a través de los distintos regímenes de salud y de pensiones que pudieran establecerse.
11. Por ello, este Tribunal^[4] ha señalado que la seguridad social (dentro de cuyo concepto, se entenderá incluido el servicio previsional de salud y de pensiones) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Su condición de sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa y el desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.
12. Dicha garantía institucional se infiere de una interpretación sistemática de los artículos 10º y 11º de la Constitución. Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de Derecho. De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.
13. Desde esta perspectiva, el Tribunal^[5] ha señalado que la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado.

Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10º de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida”.

14. Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido pero no para demandar su exigibilidad. Para este Tribunal^[6], dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.
15. Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación –no única por cierto- de la garantía institucional de la seguridad social. En igual medida, las prestaciones de salud, sean preventivas, reparadoras, recuperadoras o económicas, también constituyen una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, que tienen por finalidad mantener, preservar y elevar la salud de las personas ante cualquier contingencia que altere o menoscabe la calidad de vida.
16. Ciertamente, la protección que brinda la seguridad social en salud tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana, que constituye una de las características básicas sobre las cuales se estructura nuestro Estado social y democrático de Derecho. De esta manera, la protección constitucional de las personas es pilar fundamental en la estructura jurídica del país, y por ello, las prestaciones que brinda la seguridad social en salud tienen por finalidad la protección del derecho a la vida y al bienestar reconocidos en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución. En consecuencia, si bien la privatización de la seguridad social en salud puede generar en las empresas prestadoras del servicio la consecución de una finalidad de lucro, estas no pueden ni deben ejecutar sus prestaciones menoscabando la defensa de la persona humana

y el respeto de su dignidad, ya que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

17. En este marco, el Tribunal en la STC 02349-2005-PA ha establecido que las prestaciones de seguridad social en salud y pensiones son un servicio público que puede ser brindado tanto por el Estado como por entidades privadas debidamente autorizadas al efecto, quienes deberán cumplir con las prestaciones, por lo menos, en condiciones mínimas de igualdad. No obstante ello, el Estado, por su función tuitiva, siempre será el primer obligado a satisfacer las prestaciones de seguridad social aun cuando no se encuentre cubriendo el servicio de manera exclusiva.

2.2. § El derecho a la seguridad social en los tratados internacionales de derechos humanos

18. La obligación de proveer todas las medidas jurídicas necesarias que tornen efectivo el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales –entre ellos, el derecho a la pensión y a la salud–, no solo constituye una obligación de carácter constitucional, sino también de carácter internacional, puesto que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que los derechos fundamentales –entre ellos el derecho a la pensión y a la salud– deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.^[7]

Es más, dicha regla de interpretación también se encuentra reconocida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), que establece que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De ahí que este Tribunal^[8] haya establecido que la interpretación que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales^[9]) 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.

A esta dimensión interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, debe agregarse que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y detenta rango constitucional^[10], por tal razón, este Tribunal^[11] ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

19. Lo indicado permite concluir que el adecuado marco de interpretación del derecho a la seguridad social debe tener en cuenta los diversos tratados relativos a derechos humanos tanto en lo que se refiere al ámbito universal de protección de los derechos humanos, como a los instrumentos internacionales del sistema interamericano^[12]. En dicho marco debe tenerse presente el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (1952), norma mínima de la seguridad social que establece en el artículo 31, la obligación de todo Estado Miembro de garantizar a las personas protegidas, el reconocimiento de las prestaciones que correspondan en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.3.5 La protección de los riesgos profesionales en el ordenamiento jurídico interno

20. Mediante la Ley 1378, publicada el 3 de julio de 1911, modificada por la Ley 2290, publicada el 20 de noviembre de 1916, sobre accidentes de trabajo, se reguló inicialmente la protección contra accidentes de trabajo, con una cobertura limitada para los trabajadores, disponiéndose, por concepto de indemnización, el pago de una renta vitalicia o temporal, a cargo del empleador, el cual podía sustituir su obligación de indemnizar como responsable de los accidentes de trabajo, contratando un seguro individual o colectivo. Debe advertirse que las normas mencionadas se expidieron antes de la Constitución de 1920^[14], que incluye por vez primera las garantías sociales, por lo que resulta ser una normativa incipiente en materia de protección de riesgos dentro de la concepción y evolución de la seguridad social en el Perú, en cuyo diseño la responsabilidad del empleador permite la contratación de seguros de carácter mercantil.

21. Posteriormente, mediante la Ley 7975, publicada el 21 de enero de 1935, se incluyó la neumoconiosis o cualquier otra dolencia adquirida por la intoxicación de gases derivados de productos químicos, entre las enfermedades sujetas a la indemnización por el empleador, de conformidad con las Leyes 1378 y 2290.
22. Ahora bien, mediante el Decreto Ley 18846, publicado el 29 de abril de 1971, se dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar a sus trabajadores obreros mediante la gestión exclusiva de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero. Su propósito era promover niveles superiores de vida y una adecuada política social de protección, unificando la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la organización de seguridad social. Las prestaciones cubiertas por este seguro eran otorgadas con la sola comprobación de la condición de trabajador obrero, sin requerirse un periodo de calificación, y consistían en: a) asistencia médica general y especial; b) asistencia hospitalaria y de farmacia; c) aparatos de prótesis y ortopédicos; d) reeducación y rehabilitación, y e) dinero.
23. Lo anotado guarda coherencia con la evolución de la seguridad social en el Perú. En efecto, el último considerando del Decreto Ley 18846 señalaba que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) se crea:
- (...) con criterio eminentemente social ajeno a todo espíritu de lucro y con la única finalidad de defender y cuidar debidamente la salud de los trabajadores (...).
- Teniendo en cuenta ello, este Tribunal en la STC 0141-2005-PA/TC destacó que “Tal premisa denota la transición de un modelo de responsabilidad empresarial en el que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales eran cubiertos directamente por los empleadores o mediante la contratación de un seguro a favor de tercero, hacia un modelo de seguro social, en el cual, a diferencia del anterior, la previsión social se convierte en un fin del Estado al brindar de manera obligatoria medidas reparadoras a trabajadores que desarrollan actividades de riesgo, recurriendo al esquema del seguro a favor de tercero gestionado únicamente por un ente público”.
24. Un elemento importante a señalar es que la promulgación de la norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue el primer paso para integrar un grupo de dispositivos legales expedidos paulatinamente como parte de una política estatal en materia de seguridad social. En efecto, el Decreto

Ley 19990^[15] creó el Sistema Nacional de Pensiones, consolidando los regímenes existentes, y mediante el Decreto Ley 20530^[16], se estableció el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990. Con dichas normas se reestructuró la seguridad social en pensiones, mientras que en lo concerniente a la protección en salud mediante el Decreto Ley 22482^[17] se estableció el Régimen de Prestaciones de Salud de Seguro Social del Perú (sic), que al complementar la regulación del Decreto Ley 18846, brindó las prestaciones médicas, asistenciales, recuperadoras y preventivas previstas en dicho texto legal.

25. Mediante la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud,^[18] se derogó el Decreto Ley 18846 y se sustituyó su mecanismo operativo por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), también de carácter obligatorio, como una cobertura adicional para los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que realizaran actividades de alto riesgo, autorizando a los empleadores a contratar la cobertura de los riesgos profesionales indistintamente, y siempre por su cuenta, con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con las empresas de seguros debidamente acreditadas.

En razón de la modificación del mecanismo de protección de los riesgos profesionales, se posibilita a las aseguradoras privadas que se encarguen de la protección del derecho a la salud de los trabajadores que realizan actividades de riesgo, estableciéndose que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley 18846, sean transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP (Tercera Disposición Complementaria de la Ley 26790).

26. Por ello es que, teniéndose presente que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento prevén que el SCTR puede ser contratado con la ONP o con las empresas de seguros, debe abordarse el diseño de nuestra economía social de mercado, y el papel que juegan las entidades públicas o privadas encargadas de brindar las prestaciones, debido a que tiene estrecha relación con la seguridad social en salud y el derecho a la salud.

3. § La economía social de mercado y el Estado social y democrático de Derecho

27. Este Tribunal ha establecido que de la interpretación sistemática de los artículos 3° y 43° de la Constitución se concluye que el Estado peruano presenta las

características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, que se sustenta en los principios esenciales de dignidad del hombre, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado, según lo establece el artículo 58° de la Constitución Política.

28. En este contexto, el Estado social y democrático de Derecho busca promover, por un lado, la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad), lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada.
29. Ello exige que el Estado –a través de la Administración como gestora pública– asuma el deber que le impone la Constitución Política en su artículo 44°, consistente en “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. El Estado para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que estas se realicen de forma independiente o asociada.
30. Consecuentemente, en el Estado social y democrático de Derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.
31. En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque

subsidiario en esencia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva, es decir, que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asuman deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.

32. Por ello, el Tribunal Constitucional^[19] ha reconocido que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios.
33. En suma, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

3.1. § Funciones del Estado en una economía social de mercado

34. La economía social de mercado al referirse a un tipo de organización económica basada en la iniciativa privada libre y descentralizada, en donde aparecen, de un lado, los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, genera que el Estado cumpla plurales funciones, a saber:
- Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales, el derecho a la propiedad de los agentes económicos y los principios integrantes de la denominada Constitución Económica.
 - Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, y promueve el uso sostenible de los recursos naturales

- para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.
- Mantiene una función reguladora, supervisora y correctiva mediante la Administración Pública, los organismos constitucionales y/o los organismos reguladores.
 - Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, solo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que, por inacción o imperfección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
 - Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).
 - Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población, la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

3.2. §La protección del derecho a la salud como deber del Estado social y democrático de Derecho

35. Al respecto, el Tribunal Constitucional^[20] ha señalado que dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupan un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso.
36. Ello es así debido a que el derecho a la salud, reconocido en el artículo 7° de la Constitución, comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros.
37. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional^[21] que para preservar el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, a que tiene derecho todo ser humano, el Estado tiene el deber-poder de

proporcionar y garantizar el cumplimiento de acciones de conservación y de restablecimiento del derecho a la salud ante cualquier situación de perturbación de la estabilidad orgánica y funcional. Para tal efecto, el Estado debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para ello, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

Por consiguiente, los servicios de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

38. En tal sentido, debe precisarse que este Tribunal^[22] ha destacado que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes asumen esta tarea desde el sector privado, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de estas políticas, planes y programas, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo efectivo, y dispensarse protección adecuada a quienes ya gocen del mismo.
39. Por otro lado, debe indicarse que numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de las personas. Así, en el párrafo 1 del artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que:

toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)^[23] en el párrafo 1 del artículo 12° señala que los Estados Partes reconocen: el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

Mientras que en el párrafo 2, del artículo 12° del PIDESC se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho. Así, entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, tenemos:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
40. En tal sentido, debe resaltarse que, de conformidad con el apartado c) del párrafo 2, del artículo 12° del PIDESC, una las medidas que el Estado peruano debe adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, es la prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales. En tal medida, podemos afirmar que el Estado peruano ha cumplido dicha obligación internacional al haber mantenido un seguro complementario de trabajo de riesgo para la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Respecto al apartado referido, debe tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, ha precisado que:

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y

la igualdad de género. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

41. De todo lo expuesto, se puede concluir que el derecho a la salud tiene como fundamentos el principio–derecho de dignidad humana, los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, y los valores de igualdad y solidaridad. En tal sentido, debe resaltarse que la Constitución, para garantizar una vida digna no solo en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material, reconoce los derechos a la salud y la seguridad social.
42. En tal sentido, el seguro para el trabajador que realiza actividades de riesgo también encuentra sustento en que un tipo de pensión como esta conlleva específicamente una cobertura especial ante una deficiencia física sobreviniente con pleno respeto de su dignidad, dentro de un régimen dedicado a su protección, atención, readaptación y seguridad (art. 7° de la Constitución).

3.3. § El SCTR y las entidades encargadas de brindarlo

43. El artículo 11° de la Constitución establece que “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

De este modo, el constituyente ha reconocido que las prestaciones de salud y de pensiones pueden ser otorgadas mediante entidades públicas, privadas y/o mixtas, poniendo en relieve que el Estado asume un rol supervisor y/o fiscalizador del adecuado cumplimiento del derecho fundamental al libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones cuando sus prestaciones sean brindadas por entidades privadas y/o mixtas.

44. Por ello, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política– haya concedido o autorizado la gestión del servicio a los particulares, con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los derechos sociales es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse

ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, para procurar que se materialice el componente social del modelo económico previsto por la Constitución.

45. El SCTR otorga cobertura adicional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, sean empleados u obreros, eventuales, temporales o permanentes. Es obligatorio y por cuenta de las entidades empleadoras que desarrollan las actividades de alto riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.

De esta manera, el SCTR constituye un sistema especializado de protección del Seguro Social de Salud que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud y económicas por contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no cubiertas por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP.

4. § Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

46. La modificación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes y enfermedades profesionales) ha generado diversas situaciones relacionadas con la aplicación de la normativa, tanto de aquella dictada con ocasión de la transición de un mecanismo asegurador a otro, como de la derivada de la protección de los riesgos acaecidos durante la vigencia de la Ley 26790.
47. Este Colegiado al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley 18846 o de la Ley 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:
 - a. Prescripción de la pensión vitalicia.
 - b. Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR.
 - c. La acreditación de la enfermedad profesional.
 - d. La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares.
 - e. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
 - f. La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional.

- g. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
 - h. La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
48. Este Colegiado considera que es momento de efectuar una evaluación integral del tratamiento jurisprudencial sobre la protección de los riesgos profesionales, en vez de seguir expidiendo pronunciamientos sin hacer un enfoque de conjunto que abarque, tanto a los que intervienen en la relación jurídica de seguridad social como al propio Estado, porque, de no hacerlo, es probable que la finalidad última de los procesos constitucionales no sea cumplida a cabalidad y no se solucionen adecuadamente las vulneraciones que se alegan. Debe recordarse que la supremacía de la Constitución obliga a que toda la actividad de los organismos públicos y de los particulares se oriente hacia su realización.

4.1.§ Prescripción de la pensión vitalicia

49. Sobre el particular, el artículo 13º del Decreto Ley 18846 establecía que:

Fíjase como plazo de prescripción para demandar a la Caja Nacional del Seguro Social Obrero las prestaciones debidas por este régimen, el término de 3 años, computados desde la fecha de acaecimiento del riesgo. Si el servidor continuare trabajando para el mismo empleador, el término de prescripción se contará a partir de la fecha de cese en el trabajo.

50. Respecto al plazo de prescripción establecido por el artículo 13º del Decreto Ley 18846, debe señalarse que este Tribunal durante el desarrollo de su jurisprudencia ha elaborado cuatro criterios para desestimar la aplicación del plazo de prescripción cuando se solicite el otorgamiento de una pensión vitalicia.
51. Así, en el primer criterio, este Tribunal ^[24] para desestimar la aplicación del artículo 13º del Decreto Ley 18846, que era propuesto como una excepción de prescripción, señaló que:
- En cuanto a la excepción de prescripción extintiva, es de aplicación lo establecido por el artículo 1989º del Código Civil, en el sentido de que, por la naturaleza del derecho, no prescribe la acción.
52. Posteriormente, se desarrolló un segundo criterio ^[25], en el que se consideró que el artículo 13º del Decreto Ley 18846 al ser una disposición que fue emitida antes de la Constitución Política de 1993 debía ser interpretada conforme a esta; razón por la cual el derecho a una pensión vitalicia no prescribía. Así, se señaló que:

- (...) esta disposición al ser preconstitucional debe interpretarse desde la actual Constitución. Así, en materia pensionaria y de seguridad social, los derechos adquiridos no prescriben, conforme al artículo 10º y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.
53. En el tercer criterio, este Tribunal ^[26] señaló que la mencionada disposición contiene dos presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción, a saber:
- I. El primer presupuesto establecía que se contabiliza el plazo de prescripción a partir del acaecimiento del riesgo, esto es, desde la fecha de determinación de la incapacidad o enfermedad profesional.
 - II. El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad o enfermedad profesional.
54. Finalmente, el cuarto y último criterio vinculante desarrollado por este Tribunal es el contenido en la STC 0141-2005-PA, en el que se deja de lado el criterio de los presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción por considerarse contrario al contenido esencial del derecho a la pensión. Así, se señaló que:
- (...) la aplicación de los presupuestos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 18846 podría conllevar, de darse el caso, una restricción irrazonable en el acceso a una pensión vitalicia por incapacidad laboral que no se condice con el contenido esencial del derecho a la pensión que este Tribunal ha delimitado, inicialmente, en la STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados) y luego en la STC 1417-2005-PA.
- Asimismo, en la sentencia referida el Tribunal consideró que el artículo 13º del Decreto Ley 18846 era contrario a los artículos 1º y 12º de la Constitución Política de 1979 y al artículo 9º del PIDESC. En este sentido, se precisó que:
- (...) las disposiciones que limitan el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social, tal como era el caso de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 18846, debieron entenderse inaplicables por incompatibilidad con la norma constitucional. En consecuencia, (...) a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción.

4.2. **§Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR**

55. Al respecto, debe precisarse que el artículo 2º del Decreto Ley 18846 estableció el ámbito de protección que otorgaba el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Así, se estableció:

Artículo 2.- Son asegurados obligatorios, a los efectos previstos por este Decreto Ley:

- a) Los trabajadores obreros de la actividad privada y de las empresas de propiedad social, los pescadores y los del servicio doméstico, cualquiera que sea la persona para la cual presten servicios; y
 - b) Los trabajadores obreros del Sector Público, no comprendidos en el Decreto Ley N° 11377.
56. De una lectura del artículo transcrito se puede deducir que el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales impuesto obligatoriamente por el Decreto Ley 18846 protegía a los trabajadores obreros de la actividad privada, mas no a los trabajadores empleados.

Sin embargo, dicha interpretación literal del artículo referido no es la más adecuada, ya que la protección superlativa que se buscó otorgar con el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los trabajadores que realizaban actividades de riesgos se vería menguada. Por ello, este Tribunal cuando ha delimitado el ámbito de protección del artículo referido ha tenido en cuenta: a) si el demandante se desempeñó en el mismo centro de trabajo como obrero y empleado; b) la enfermedad profesional que padece; y c) que en la actualidad la cobertura del SCTR protege tanto a los obreros como a los empleados.

57. En este sentido, debe resaltarse que este Tribunal en la STC 1008-2004-AA ha enfatizado que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo. Así, se señaló que:

(...) el actor no pierde su derecho por haberse desempeñado como empleado en el mismo centro de trabajo, durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 1978 y el 15 de mayo de 1993, toda vez que ello no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero, ya que, como se ha manifestado, los síntomas de la enfermedad profesional que padece no tienen un desarrollo y evolución preestablecidos, pero su origen sí está determinado en el periodo de riesgo laboral, más aún cuando la

normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente, a quienes se desempeñan como empleados dentro de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

58. En igual sentido, este Tribunal, en la STC 276-2004-AA, enfatizó que el demandante no perdía su derecho a una pensión vitalicia por haberse desempeñado como empleado, pues cuando inició sus labores en el mismo centro de trabajo era obrero, y lógicamente se encontraba asegurado por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Además, porque su actividad como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero.

Asimismo, se consideró que la normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente en la cobertura del SCTR, a quienes se desempeñan como empleados.

4.3. **§La acreditación de la enfermedad profesional**

59. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 61º del Decreto Supremo 002-72-TR establecía que:

Las incapacidades permanentes a que den lugar las enfermedades profesionales serán declaradas por “Comisiones Evaluadoras de Incapacidades” integradas por tres médicos de la Caja Nacional de Seguro Social, nombrados por el Gerente General.

60. En tal sentido, la verificación del estado de incapacidad producido por una enfermedad profesional, así como el nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, constituyó el elemento determinante para el otorgamiento de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, pues a diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez prevista en el Decreto Ley 19990, que requiere para su otorgamiento, además de la acreditación del estado de incapacidad laboral, la comprobación de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.

61. Por ello, cuando se sometieron a conocimiento de este Tribunal pretensiones referidas al otorgamiento de una pensión vitalicia por enfermedad profesional el criterio utilizado para la comprobación de la enfermedad partió por sostener la existencia de una norma general aplicable a las pensiones de invalidez. En ese sentido, se señaló que a partir del artículo 26º del Decreto Ley 19990, modificado por la Ley 27023, para acreditar la calidad de inválido “basta la presentación del Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano

de Seguridad Social –hoy ESSALUD–, los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o las Entidades Prestadoras de Salud constituidas según Ley N° 26790, de acuerdo al contenido que la ONP apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada, para tal efecto, en cada una de dichas entidades.”^[27]

Bajo dicha premisa, y atendiendo a que la Comisión Técnica del artículo 30° del Decreto Supremo 003-98-SA no se constituyó, “debió procederse de acuerdo con lo expuesto en la Cuarta Disposición Transitoria del referido Decreto Supremo, que establece la posibilidad de determinar la existencia de enfermedad profesional empleando la lista y criterios utilizados en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-72-TR, el mismo que en su artículo 60° reconoce la neumoconiosis como enfermedad profesional.”^[28] Puede observarse que si bien la decisión parte de reconocer la existencia de un mecanismo para verificar la enfermedad, se recurre a una comprobación de la misma en virtud de una falta de implementación en la conformación de la entidad competente.

62. El criterio esbozado permitió la acreditación de la enfermedad profesional con exámenes médicos, los que eran apreciados en aplicación del artículo 191° y siguientes del Código Procesal Civil, referidos a los medios de prueba, teniendo en cuenta, principalmente, que su finalidad es acreditar los hechos, producir certeza en el juzgador y permitirle fundamentar sus decisiones. En esa línea el Tribunal^[29] concluía en muchos de sus fallos: “En consecuencia, de conformidad con los artículos 191° y siguientes del Código Procesal Civil, el examen médico (...) cumple su objetivo requerido (...)”. En dichos casos la solución adoptada se situaba dentro de los alcances de valoración de la prueba, en donde importa la comprobación de la enfermedad sin que sea relevante hacer alguna precisión sobre la competencia de la entidad que lo emitió. Por ello, cuando el Tribunal evaluó, en algunos casos, el dictamen médico emitido por la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades de EsSalud, cuando era el único documento aportado al proceso para acreditar la enfermedad profesional, el Tribunal consideraba que ésta se encontraba acreditada.^[30]
63. Los criterios relacionados con la acreditación de la enfermedad profesional – descritos *supra*– también sirvieron para que el Tribunal Constitucional consolidara las reglas de procedencia, el grado de incapacidad generada por la enfermedad según su estadio de evolución y el reajuste del monto de la pensión de invalidez percibida conforme se acentuaba la enfermedad y se incrementaba la incapacidad laboral.^[31] En dichos pronunciamientos se ingresaba al análisis del caso concreto y se evaluaba el examen médico

ocupacional que practicaba la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de conformidad con el artículo 191° del Código Procesal Civil, precisando que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud. En tal sentido, al no consignarse en el documento médico el grado de incapacidad física laboral de los solicitantes se interpretó, en defecto de un pronunciamiento médico expreso, que los diversos grados de evolución de la neumoconiosis (silicosis) se determinan en función de la regulación que sobre el particular contenía el Decreto Ley 18846, su norma reglamentaria y el Decreto Supremo 003-98-SA.

64. Posteriormente, en atención a las denuncias públicas de falsificación de certificados médicos a las que el Tribunal no se mantuvo ajeno, en uso de sus atribuciones y para mejor resolver, solicitó a las entidades emisoras la historia clínica que sustentaba la enfermedad en cuestión, a fin de corroborar su autenticidad.^[32] De este modo, se buscó, en el contexto descrito, confirmar la información contenida en los certificados médicos pues era evidente la existencia de un elemento perturbador en la evaluación de los medios probatorios con los que se pretendía el reconocimiento de una prestación pensionaria relacionada con la incapacidad, lo que en cierta medida dificultaba cumplir a cabalidad con la finalidad de los medios de prueba, esto es, crear certeza en el juzgador respecto al elemento esencial para el otorgamiento de la pensión de invalidez y con ello salvaguardar el derecho fundamental lesionado.
65. Lo anotado lleva a sostener que el Tribunal Constitucional considera que legislativamente se han establecido mecanismos para acreditar la incapacidad laboral y los entes competentes para determinarla. Sin embargo, la posibilidad de demostrar la enfermedad profesional con certificados médicos que se apartan del diseño legislativo se originó en la inoperatividad de los entes involucrados en el reconocimiento de las pensiones, lo que conllevó a que en la búsqueda de la adecuada protección del derecho fundamental se recurriera a mecanismos alternos, los que, tal como puede observarse, han merecido ajustes en más de una ocasión, siempre para preservar la eficacia del derecho fundamental a la pensión. En tal medida, este Colegiado considera que la situación descrita, que operó casi como una excepción a la regla, no puede convertirse en un estado permanente sino que debe adoptarse, por parte de las entidades involucradas, un compromiso en el cumplimiento de las funciones y competencias asignadas en tanto solo así la defensa de los derechos fundamentales tendrá un verdadero sentido en el Estado social y democrático

de Derecho. Es deber del Estado brindar convenientes servicios a la ciudadanía y esto incluye la obligación que tienen las entidades de cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas. De este modo disminuirían las arbitrariedades que comete la Administración y el ciudadano podrá recobrar esa confianza en sus instituciones, lo que permitiría que el aparato estatal funcione de manera ordenada.

4.4. §La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares

66. Sobre este punto, el Tribunal^[33] ha sido enfático en afirmar que solamente los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por entidades *públicas competentes* pueden acreditar de manera suficiente el padecimiento y el grado de incapacidad laboral por enfermedad profesional, por lo que los informes emitidos por organismos privados o médicos particulares no constituyen prueba idónea de la existencia de una enfermedad profesional y consecuente incapacidad laboral.

En este sentido, en la STC 05846-2006-PA este Tribunal para desestimar la demanda de amparo advirtió que:

(...) el recurrente presenta como medio probatorio para acreditar la enfermedad profesional y con ello demostrar la titularidad del derecho a la pensión, el informe emitido por el Instituto de Investigación de Enfermedades Profesionales Mineras (Invepromi), de fecha 19 de noviembre de 2004, es decir, un informe evacuado por un organismo particular; por ello, no constituye prueba fehaciente de la existencia de una enfermedad profesional (cf. STC 02798-2005-PA, FJ 5), en tanto no se trata de un ente público competente autorizado para determinar una incapacidad laboral o certificar el padecimiento de enfermedad profesional.

4.5. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad

67. Esta problemática fue abordada por el Tribunal^[34] cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13º del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración.

En tal sentido, en la STC 01693-2004-AA/TC se estableció que:

El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad; ello, en virtud de la incompatibilidad existente entre la percepción de una prestación pensionaria y la prestación de servicios efectivos y remunerados.

68. Posteriormente, el Tribunal^[35] ha considerado que no resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, porque ambas prestaciones son de naturaleza distinta. En este sentido, en la STC 0548-2004-AA/TC se ha señalado que:

(...) el goce de las prestaciones dispuestas por el Decreto Ley N° 18846 no resulta incompatible con la percepción de ingresos remunerativos o pensionarios debido a su naturaleza indemnizatoria, y no pensionaria.

69. Asimismo, debe señalarse que este Tribunal ha considerado que el otorgamiento de una pensión vitalicia no procede cuando el demandante padece de incapacidad permanente parcial y continúa laborando. En este sentido, en la STC 00048-2005-PA para desestimar la demanda se señaló que:

(...) existen documentos contradictorios, pues la alegada enfermedad causa incapacidad permanente parcial para realizar las tareas habituales del trabajo, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, ya que el demandante continúa laborando, por lo que corresponde desestimar la presente demanda; sin embargo, debe dejarse a salvo el derecho que pudiera corresponder al recurrente, a fin de que lo haga valer en una vía que cuente con etapa probatoria.

4.6. §La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional

70. En principio, debe tenerse presente que la hipoacusia (disminución del nivel de audición: sordera), como enfermedad, puede padecerla cualquier persona expuesta a ruido de forma repetida. Por ende, la hipoacusia puede ser tanto una enfermedad común, generada como consecuencia de la exposición continua al ruido, como una enfermedad profesional, causada por la exposición a agentes físicos.

71. Por ello, cuando este Tribunal^[36] ha evaluado procesos de amparo en los que se solicita el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 por padecer de hipoacusia, previamente ha considerado necesario determinar si la hipoacusia es o no de origen ocupacional a efectos de generar el derecho a una pensión vitalicia o una pensión de invalidez por enfermedad profesional.

72. De ahí que, para establecer el origen laboral de la hipoacusia, sea necesario acreditar el nexo o relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, es decir, la conexión real de causa – efecto que debe existir entre el trabajo y la enfermedad que se padece. Para ello se tendrá en cuenta qué funciones desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo.

En este sentido, en la STC 02692-2005-PA para desestimar la demanda, este Tribunal advirtió que el demandante no había acreditado el nexo o relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la enfermedad de hipoacusia que padecía. Así se señaló que:

1. (...) con el certificado de trabajo y la carta expedida por la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., obrantes de fojas 4 a 6, se acredita que el demandante, durante el desempeño de sus (...) labores, no estuvo expuesto a ruidos permanentes causantes de enfermedad de hipoacusia, ya que la referida carta dice que el demandante realizaba “trabajos de supervisión de las actividades de recepción, almacenamiento, conservación de materiales y suministros en Almacenes de San Juan y San Nicolás, además de la carga y descarga de los barcos que transportan insumos y carga general de la empresa”^[2]; además, se precisa que la contaminación ambiental del área de trabajo del demandante provenía del “polvo, humedad, presencia de olores desprendidos por los materiales almacenados”.^[3]
2. (...) el demandante cesó en sus actividades laborales el 3 de noviembre de 1992 y que la enfermedad de hipoacusia que padece le fue diagnosticada el 18 de agosto de 2003, es decir después de 10 años de haber ocurrido el cese, por lo que no es posible determinar la relación de causalidad antes referida.
3. (...) en el examen médico ocupacional presentado por el demandante no se determina que la enfermedad de hipoacusia que padece sea consecuencia directa de la exposición a factores de riesgos inherentes a su actividad laboral.
4. En consecuencia, aun cuando el demandante adolece de hipoacusia bilateral, no se acredita que esta enfermedad sea consecuencia de la exposición a factores de riesgo propios de su actividad laboral, motivo por el cual no es posible acoger la demanda.

4.7. §EI arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

73. El SCTR prevé el arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de las controversias que pueda generar la ejecución del contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo. En tal sentido, el artículo 9º del Decreto Supremo 003-98-SA 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° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 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.

74. Al respecto, debe señalarse que este Tribunal en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, Decreto Supremo 009-97-SA y al Decreto Supremo 003-98-SA, en los que se plantea la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, ha establecido que dicha excepción resulta desestimable, debido a que el acceso a una pensión de invalidez por enfermedad profesional no es una materia arbitrable, ya que esta constituye una concreción del derecho a la salud que tiene el carácter de indisponible.

En este sentido, en la STC 07627-2005-PA/TC se ha señalado que:

(...) tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, la excepción opuesta debe ser desestimada, conforme al artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, 26752, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante (...).

75. Asimismo, este Tribunal también ha desestimado la excepción de arbitraje, argumentando que el acceso a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 al formar parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, que guarda vinculación con los derechos a la vida y a la salud, tiene el carácter de indisponible para las partes, puesto que de él depende la subsistencia del asegurado invalido.

En este sentido, en la STC 07641-2005-PA/TC se ha indicado que:

(...) la importante vinculación que el derecho a la pensión guarda con otros derechos fundamentales –como son la vida y la salud–, puesto que de él depende la subsistencia de la recurrente, evidencia su carácter indisponible. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, la excepción de arbitraje propuesta en el presente caso debe ser desestimada puesto que no se encuentra en discusión un derecho de carácter disponible por las partes.

4.8. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

76. La Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 señala:

Cuarta.- Establézcase, para los regímenes a cargo de la ONP, los niveles de pensión mínima mensual que se señalan a continuación:

a) Para pensionistas por derecho propio

Con 20 o más años de aportación	:	S/.200
. Entre 10 y 19 años de aportación	:	S/.160
. Entre 5 y 9 años de aportación	:	S/.120
. Con menos de 5 años de aportación	:	S/.100

b) Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el régimen legal que corresponda, considerando como pensión del causante los montos mínimos señalados en el inciso anterior. Por excepción, en el caso de las pensiones de derecho derivado vigentes a la fecha de publicación de la presente ley se considerará como pensión mínima del causante un monto de

: S/.200

c) Para pensionistas por invalidez : S/. 200

77. Pues bien, cabe señalar que la aplicación de la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no ha sido interpretada de manera correcta por los beneficiarios del Decreto Ley 18846, ya que se iniciaron procesos de amparo^[37] en los que los demandantes solicitaron el incremento de su pensión vitalicia conforme a los montos de pensiones mínimas establecidos por la disposición referida.

78. Sin embargo, este Tribunal ha señalado que dicha disposición no es aplicable a los beneficiarios del Decreto Ley 18846, debido a que el otorgamiento de

las pensiones del Decreto Ley 19990 se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legales para su goce (aportes y/o edad) y financiado por las aportaciones del trabajador y del empleador, mientras que el otorgamiento de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 se encuentra condicionado al grado de incapacidad que produce un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se sustenta en el seguro obligatorio contratado por el empleador.

En este sentido, en la STC 08044-2006-PA/TC se ha precisado que:

(...) las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye que el riesgo de jubilación cubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con este, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboral producida por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio, al punto tal que no es incompatible percibir simultáneamente una pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones y una pensión vitalicia (antes pensión vitalicia) del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

5. § Nuevos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de riesgos profesionales

79. Este Tribunal, teniendo presente que los criterios desarrollados en los fundamentos 55 a 87 *supra*, en algunos casos son reiterados; en otros contradictorios, y en otros muy amplios, considera necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Para ello, en algunos casos, ha de reiterar la jurisprudencia, y en otros, complementarla y desarrollar nuevos principios.

5.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

80. En este punto, se ha de reiterar el criterio establecido en la STC 0141-2005-PA, en la que este Tribunal señaló que el plazo de prescripción del artículo 13° del Decreto Ley 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia al ser una disposición que limita el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social resulta incompatible con el artículo 101° de la Constitución Política de 1979, el artículo 9° del PIDECS y los artículos 10° y 11° de la Constitución de 1993, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.

81. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción del artículo 13° del Decreto Ley 18846.
82. Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 63 *supra*, y señala como regla que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

5.2. § Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

83. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley 18846, debe señalarse que el SATEP protegía a todos los trabajadores obreros estables o eventuales de la actividad privada, de las empresas de propiedad social y del sector público, no comprendidos en el Decreto Ley 11377, así como a los pescadores, debido a que la Caja Nacional del Seguro Social Obrero asumió exclusivamente la cobertura del SATEP.
84. Sin embargo, ello no significa que los trabajadores empleados se hayan encontrado desprotegidos por el acaecimiento de accidentes de trabajo o por el padecimiento de enfermedades profesionales, ni que algunos trabajadores empleados se encuentren protegidos por el SATEP.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 66 y 67 *supra*, y señala como regla que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

85. Asimismo, también debe señalarse como regla que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya

estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo 011-74-TR.

86. Finalmente, resulta conveniente precisar que la Ley 26790 y el Decreto Supremo 009-97-SA consideran como asegurados obligatorios o regulares del SCTR a la totalidad de los trabajadores (obreros y empleados) del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo previstas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, así como todos los demás trabajadores de la empresa que, no perteneciendo a dicho centro de trabajo, se encuentren regularmente expuestos al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional por razón de sus funciones.

5.3. § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

87. En el caso de la calificación de pensiones de invalidez conforme a lo establecido por el artículo 26° del Decreto Ley 19990, es la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o de las Entidades Prestadoras de Salud o de EsSalud, el órgano competente para realizar la evaluación médica y establecer mediante un dictamen la incapacidad laboral del posible beneficiario. Esta forma en que opera el reconocimiento de las pensiones de invalidez en el Sistema Nacional de Pensiones es aplicable, *mutatis mutandi*, a las pensiones de invalidez por enfermedad profesional del Decreto Ley 18846, cuya regulación primigenia establecía que la renta se encontraba sujeta a la declaración de incapacidad practicada por una Comisión Evaluadora de Incapacidades^[38]. Tal circunstancia, evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales, la evaluación médica debería ser practicada por el órgano llamado por ley, sin que el juzgador o el justiciable tenga que verse obligado a acudir a mecanismos alternos que en la práctica no han funcionado y han convertido el derecho a la pensión en impracticable.

88. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece como regla nueva que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado

Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

Ello no quiere decir que los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por los *entes públicos competentes no colegiados* no tengan plena eficacia probatoria, sino que en los procesos de amparo ya no constituyen el medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional o el incremento del grado de incapacidad laboral, por lo que, de ser el caso, pueden ser utilizados como medios probatorios en los procesos contencioso-administrativos, en los que existe una estación probatoria en la que se puede dilucidar ampliamente la idoneidad del documento médico.

5.4. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

89. Como se ha señalado en los fundamentos 76 a 78 *supra*, el Tribunal Constitucional^[39] abordó esta problemática cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13º del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración. Posteriormente, este Tribunal ha considerado que bajo ningún supuesto resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, debido a que la naturaleza de ambas prestaciones son distintas.
90. Por lo tanto, teniéndose presente que en la jurisprudencia constitucional se han desarrollado dos criterios contradictorios respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de una pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal considera necesario establecer los criterios vinculantes respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración. Además, debe tenerse presente que el Decreto Ley 18846 se encuentra derogado por la Ley 26790, por lo que también se analizará si resulta compatible o no la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración.
91. Sobre el particular, debe señalarse que ni el Decreto Ley 18846 ni el Decreto Supremo 002-72-TR han establecido de manera expresa la prohibición de que un asegurado pueda percibir simultáneamente pensión vitalicia y remuneración, lo cual haría suponer, en principio, que es compatible percibir simultáneamente ambas prestaciones económicas.

92. Sin embargo, dicha afirmación debe entenderse a partir de una lectura conjunta de los artículos 40º a 44º del Decreto Supremo 002-72-TR, dispositivos de los cuales se desprende que el asegurado que padezca o haya sido declarado con *gran incapacidad* se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo, debido a que requiere del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de su vida. Asimismo, de los artículos referidos también se infiere que el asegurado que padezca o haya sido declarado con incapacidad permanente total se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo.
93. Por otro lado, debe precisarse que de una lectura conjunta de los artículos referidos no se infiere que exista incompatibilidad de percibir una pensión vitalicia y remuneración en el caso de los asegurados que padezcan o hayan sido declarados con incapacidad permanente parcial, por cuanto el grado de incapacidad afecta parcialmente su desempeño laboral. Es más, esta compatibilidad en el caso de la incapacidad permanente parcial se encontraría confirmada con lo dispuesto por el artículo 71º del Decreto Supremo 002-72-TR, que señala que cuando a criterio médico se requiera para la curación o para evitar daños y secuelas mayores la supresión de la exposición a los agentes causantes, el empleador reubicará al trabajador en otras faenas donde no esté expuesto al agente causante de la enfermedad.
94. Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.
95. En cuanto a la percepción simultánea de remuneración y pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, debe señalarse que estas normas no establecen de manera expresa que exista incompatibilidad de percepción de ambas prestaciones económicas. Sin embargo, al igual que en el tratamiento anterior, de una lectura conjunta del artículo 18º del Decreto Supremo 003-98-SA se desprende que en algunos supuestos resulta incompatible que un asegurado perciba pensión de invalidez y remuneración.

En este sentido, el artículo 18.2.2 del Decreto Supremo 003-98-SA establece que:

(...) EL ASEGURADO calificado en condición de Invalidez Total Permanente quedará definitivamente incapacitado para realizar cualquier clase de trabajo remunerado (...)

96. Por otro lado, en el caso de los asegurados que padecen de invalidez parcial permanente, debe precisarse que ni la Ley 26790 ni el Decreto Supremo 003-98-SA establecen de manera expresa o implícita que exista incompatibilidad para percibir simultáneamente pensión de invalidez y remuneración. Ello debido a que la invalidez parcial permanente disminuye la capacidad de trabajo en una proporción igual o superior al 50% pero inferior al 66%. Es más el artículo 8º del Decreto Supremo 003-98-SA prevé la posibilidad de que EsSalud, las EPS, la ONP y las Compañías de Seguros puedan:

(...) exigir un examen médico y/o declaración de salud previas a la celebración del contrato correspondiente, únicamente para delimitar la cobertura correspondiente a los trabajadores que ostenten una condición de invalidez previa al seguro.

97. Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.
98. Habiéndose determinado en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración, este Tribunal Constitucional considera necesario precisar qué sucede con la situación laboral del trabajador que padece de incapacidad o invalidez permanente parcial, es decir, si debe continuar o no en el mismo puesto de trabajo.
99. A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la

enfermedad, pero sin la rebaja de la remuneración. Dicha obligación tiene como fundamento el deber especial de protección de los derechos fundamentales que se encuentra constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es más, este deber especial de protección goza de una tutela reforzada en el caso de los trabajadores, ya que según el artículo 23º de la Constitución ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Asimismo, debe precisarse que a los trabajadores que padezcan de invalidez permanente parcial, cuando se les incremente el grado de incapacidad en permanente total o gran incapacidad, les son aplicables los supuestos de incompatibilidad señalados en los apartados a) y b) del fundamento 106 *supra*.

100. Finalmente, resulta conveniente precisar que un asegurado que percibe pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 no puede pretender percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790.

En tal sentido, este Tribunal establece como regla nueva que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

5.5.§ El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

101. La exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y las labores desempeñadas deriva de la propia definición de enfermedad profesional realizada por la legislación. Así, en el artículo 3º del Decreto Supremo 003-98-SA se define la enfermedad profesional como:

(...) todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña

o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.

102. En términos similares, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC ha precisado que por enfermedad profesional “se entiende aquella contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral, y que causa incapacidad para realizar las tareas habituales del trabajo.”
103. Por lo tanto, podemos definir las enfermedades profesionales como aquellos estados patológicos permanentes o temporales que sobrevienen a consecuencia directa del desempeño de una determinada actividad, profesión u oficio o del ambiente en que labora el trabajador habitualmente, y que pueden ocasionar una incapacidad temporal, permanente o la muerte.
104. Consecuentemente para determinar si una enfermedad es producto de la actividad laboral se requiere identificar una relación causa-efecto entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, puesto que toda enfermedad profesional genera una lesión a la salud del trabajador o acaba con su vida.
105. Teniendo en cuenta esta relación de causa-efecto, este Tribunal ha considerado que la silicosis en el caso de los trabajadores mineros es una enfermedad profesional, debido a que están expuestos al polvo de sílice; además, porque en los centros de producción minera inhalan polvos inorgánicos, orgánicos, irritantes, humos, gases y sustancias tóxicas, que afectan indefectiblemente sus pulmones causándoles enfermedades respiratorias y/o pulmonares de origen profesional, como la silicosis, la antracosis y la asbestosis.
106. Por lo tanto, la regla es que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.
107. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que es causada por la exposición repetida al ruido, puede ser una enfermedad de origen común o de origen profesional.

Por ello, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en el fundamento 81 *supra*, y señala como regla que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su

puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

En tal sentido, debe señalarse que los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

5.6. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

108. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar su jurisprudencia, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, porque: a) no están comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley 19990 los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846; y, b) la principal fuente de financiamiento del régimen del Decreto Ley 19990 son las aportaciones del trabajador y del empleador; mientras que la principal fuente del Decreto Ley 18846 fueron las aportaciones del empleador que se efectúan mediante el SATEP.
109. Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 87 *supra*, y señala como regla que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

5.7. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

110. Respecto a la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, debe señalarse que esta resulta inexigible en los procesos que tengan por finalidad la tutela del derecho fundamental a la salud y a la pensión como componentes de la seguridad social, dado su carácter de derecho indisponible para las partes.

En este sentido, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 83 y 84 *supra*, y señala como regla que: 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, 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.

111. Por otro lado, este Tribunal considera que 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 2º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9º 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.

Asimismo, debe señalarse que el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales, y por ello debe descartarse la excepción de arbitraje. Por otra parte, también debe tenerse presente que, iniciado un proceso de amparo por tutela urgente y efectiva, declarar fundada la excepción de arbitraje conllevaría alargar la solución de un conflicto, lo que podría significar que, cuando este concluya, sea demasiado tarde para el recurrente, pues la neumoconiosis es una enfermedad sin cura hasta el momento (enfermedad degenerativa, irreversible y mortal). Por otra parte, el elevadísimo costo que significa para el demandante la jurisdicción arbitral hace casi imposible la defensa de su derecho fundamental frente a las poderosas compañías mineras y aseguradoras; el amparo es gratuito y solo así se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el principio de socialización del derecho, previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

5.8. §Responsabilidad del Estado en el SCTR

112. En el diseño del SCTR el empleador que desarrolla actividades de riesgo es el responsable de las consecuencias que produzcan los accidentes de trabajo

y enfermedades profesionales en los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, y debido a ello se encuentra obligado a contratar la cobertura de salud y de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo. La cobertura de salud puede ser contratada con EsSalud o con una EPS. Por su parte, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo puede ser contratada con la ONP o una empresa de seguro debidamente acreditada. En dicho contexto, y teniendo en cuenta el artículo 11.º de la Constitución, la garantía estatal de libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones debe cumplirse de manera efectiva. Tal situación implica un funcionamiento eficiente de las entidades encargadas de otorgar las prestaciones, a fin de garantizar un acceso real. Claro está teniendo como marco los requisitos previstos legalmente. De nada vale que el Estado diseñe un mecanismo para la protección de riesgos profesionales y delegue en privados el acceso a un derecho fundamental, pensión o protección a la salud, si la estructura legislativa no permite el goce efectivo del derecho.

113. En orden a lo indicado, se han previsto diversas acciones por parte del Estado para hacer efectiva la protección de los riesgos profesionales. Es importante advertir que estas actividades no solo se ponen de manifiesto al acaecer el riesgo sino que comprenden acciones preventivas. En efecto, el artículo 87º del Decreto Supremo 009-97-SA establece que las entidades empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo deben inscribirse en el registro que administra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en quien recae el deber de supervisar la obligación de contratar el SCTR y la aplicación de sanciones administrativas.
114. Asimismo, ante el incumplimiento de la inscripción en el registro u otras obligaciones de cargo de la entidad empleadora, como la contratación del seguro para la totalidad de los trabajadores o de un seguro con cobertura insuficiente, el Estado asume un rol activo y no solamente de supervisión frente a la ineficacia de la protección de riesgos, estableciendo que la ONP y EsSalud deben otorgar las prestaciones que les correspondan, materializándose la responsabilidad del empleador en el derecho de repetición que tienen las entidades, a fin de recuperar el costo de las prestaciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios por los daños y perjuicios irrogados.^[40]
115. Si bien este Tribunal Constitucional considera que es importante el papel que asume el Estado en la protección del derecho fundamental al intervenir ante la posible desprotección del trabajador, debe mencionar que la cobertura supletoria que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones de invalidez por riesgos profesionales^[41], solo se circunscribe

a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad se encuentre inscrita. Tal situación no se condice con la protección amplia que se plantea legislativamente, pues justamente es deber del Estado hacer eficaz el derecho fundamental, finalidad que no se cumple exigiendo la inscripción del empleador en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo para que opere la cobertura supletoria dado que para ello se ha previsto un mecanismo de control que está a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT).

116. En la misma línea, debe observarse que de manera supletoria solo se brindará el acceso a la pensión de invalidez total permanente y la pensión de sobrevivencia, lo que si bien obedece al diseño legislativo y puede ser reclamado en vía de acción directa al empleador, significa que los trabajadores no podrán acceder a la cobertura por invalidez temporal e invalidez parcial permanente por una situación imputable, en estricto, a la entidad empleadora.
117. Lo expuesto obliga a este Tribunal a poner en consideración del Congreso los vacíos normativos que presenta el artículo 88° del Decreto Supremo 009-97-SA, puesto que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente; por ello debería ampliarse los supuestos en los que opere la cobertura supletoria de la ONP.
118. No obstante ello, y teniendo presente que el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución impone a los jueces el mandato constitucional de "(...) no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley", este Tribunal mediante la presente sentencia ha de integrar el vacío normativo del artículo 88° del Decreto Supremo 009-97-SA. Ello debido a que la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar los derechos a la salud, a la vida y al bienestar de las personas que padezcan una enfermedad profesional.

En este sentido, la regla es que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

6.§ El papel del Estado en la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la actividad minera

119. Siendo la industria minera una actividad de alto riesgo para la vida y la salud, este Tribunal estima necesario destacar las funciones preventivas que

legislativamente se les han asignado a los diversos órganos del Estado para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, lo que constituye un imperativo por mandato del artículo 59° de la Constitución: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas".

6.1. § El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)

120. El MTPE es el organismo rector de la administración del trabajo, de la promoción del empleo y de la previsión social. Tiene entre sus funciones las de definir, formular, evaluar y supervisar la política nacional sobre desarrollo sociolaboral del Estado en materia laboral, remuneraciones y productividad, higiene y seguridad ocupacional, empleo y formación profesional, y bienestar y seguridad social. En efecto, el MTPE tiene la responsabilidad de dictar normas de prevención y protección contra riesgos profesionales que aseguren la salud y vida de los trabajadores y tiendan al mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo.
121. En estos ámbitos establece la normatividad pertinente y ejecuta la política de alcance nacional y general, lo que incluye al sector minero. En efecto, la Subdirección de Inspección en Seguridad y Salud en el Trabajo debe realizar investigaciones y estudios sobre condiciones y medio ambiente de trabajo, en todas las actividades económicas, con el objeto de perfeccionar o modificar las normas de higiene y seguridad ocupacional y de otros riesgos que afecten la salud física, mental y social del trabajador. Asimismo, la Subdirección referida es la encargada de aprobar el reglamento interno de higiene y seguridad industrial, así como su modificación.
122. Por ello, el MTPE, además de sus funciones normativas, tiene el deber de prevención de las condiciones, medio ambiente, seguridad y salud del trabajo. También ostenta la función fiscalizadora de la legislación laboral mediante la inspección de trabajo. De esta manera, el MTPE, al fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la higiene, seguridad y salud en el trabajo, previene que no se ocasionen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o que su incidencia disminuya.
123. Mediante la Resolución Ministerial 090-97-TR, publicada el 1 de noviembre de 1997, se creó el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo, a cargo de la Subdirección de Registros Generales y Pericias o dependencia que haga sus veces en el MTPE. Por lo tanto, los inspectores de trabajo tienen la obligación de verificar que los empleadores

que desarrollen actividades consideradas riesgosas se encuentren inscritos como entidad de alto riesgo ante la AAT del lugar en donde desarrollen sus labores.

6.2.§ El Ministerio de Energía y Minas (MEM), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN) y la legislación sectorial minera

124. Entre las primeras normas sobre seguridad y salud en el trabajo se encuentran las mineras. Así, tenemos el Decreto Supremo del 26 de agosto de 1910, que estableció los métodos de protección, de observancia obligatoria, en las explotaciones carboníferas. Asimismo, mediante el Decreto Supremo del 8 de febrero de 1924, se estableció que las empresas o personas dedicadas a la actividad minera deberán dar aviso a las delegaciones mineras, de inmediato, de todo accidente que ocasione la inhabilitación de un operario o empleado por más de un día de labor, lo cual guarda relación con la dinámica de la actividad minera y lo riesgoso de la misma.

125. Por lo tanto, la seguridad y la salud en el trabajo minero se encuentran reguladas por una legislación sectorial específica y especializada, que se debe a la propia naturaleza de la actividad minera. En tal sentido, hemos de señalar las principales normas que guardan relación con la seguridad y la salud en el trabajo minero, y los organismos competentes que se encargan de fiscalizar su cumplimiento.

126. Así, la Ley General de Minería (LGM), en su capítulo sobre bienestar y seguridad (artículos 209º a 213º), ha establecido las disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. En su artículo 209º se establece que las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas en la ley y las disposiciones reglamentarias. Por su parte, su artículo 210.º establece que los trabajadores están obligados a observar rigurosamente las medidas preventivas y las disposiciones para la seguridad que acuerden las autoridades competentes, así como las que establezcan los empleadores.

Asimismo, en su artículo 211º se señala que todos los empleadores están obligados a establecer programas de bienestar, seguridad e higiene, de acuerdo con las actividades que realicen. Anualmente, los empleadores deberán presentar a la Dirección General de Minería del MEM el programa anual de seguridad e higiene minera para el año siguiente.

127. Por su parte, mediante el Decreto Supremo 046-2001-EM se publicó el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, que establece un tratamiento integral de los aspectos de seguridad, salud y bienestar minero, antes dispersos en los reglamentos derogados. Este reglamento tiene como objetivos la prevención en seguridad y salud, la promoción del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene minera aplicando las disposiciones vigentes y los conocimientos técnicos profesionales de la prevención, y la fiscalización integral de seguridad en las operaciones mineras.

En su artículo 24º se establecen como obligaciones generales del titular de la actividad minera asumir de manera absoluta los costos relacionados con la seguridad y la higiene minera; formular el programa anual de seguridad e higiene minera; implementar la capacitación; llevar las estadísticas de los accidentes de trabajo.

Según el artículo 35º del Reglamento, los trabajadores víctimas de accidentes profesionales tendrán derecho a las siguientes prestaciones: primeros auxilios, que serán proporcionados por el titular; atención médica y quirúrgica general o especializada; asistencia hospitalaria y de farmacia; rehabilitación, recibiendo, cuando sea necesario, los aparatos de prótesis o de corrección, o su renovación por desgaste natural, no procediendo sustituir aquéllos por dinero; y reeducación ocupacional.

Finalmente, debe resaltarse que los artículos 165º y 166º del Reglamento establecen que todos los trabajadores dependientes del titular de la actividad minera se someterán, por cuenta del mismo, a los exámenes médicos ocupacionales, de control anual y de retiro, siendo este último requisito indispensable que debe cumplirse para documentar el estado de salud en que queda el trabajador al cesar el vínculo laboral.

128. Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 165º y 166º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, este Tribunal considera establecer como regla que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de

amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Ello debido a que el artículo 24.3 del Decreto Supremo 003-98-SA ha establecido que dentro de los riesgos asegurados las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son: “a) invalidez configurada antes del inicio de vigencia del seguro”. De manera que no se puede asegurar a un trabajador que se encuentra inválido, pues dependiendo de su grado de incapacidad este tiene derecho a una pensión de invalidez y/o a su reubicación en otro puesto de trabajo. Por lo tanto, este Tribunal considera que la ONP y las compañías aseguradoras al momento de contratar el SCTR deberán exigirle al empleador las evaluaciones médicas que les impone la ley, o tomarlas por cuenta propia. Están en la obligación, no solo por mandato de la ley, sino por simple sentido empresarial, ya que el lucro y las utilidades no son posibles con una alta siniestralidad, cuando se trata de las aseguradoras; y un celo en el uso racional del gasto público, cuando se trata de la ONP.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

VERGARA GOTELLI

ÁLVAREZ MIRANDA

- [1] STC 02945-2003-AA/TC, Fundamento 11.
 [2] STC 02002-2006-PC/TC.
 [3] SSTC 02349-2005-PA/TC y 01776-2004-AA/TC.
 [4] STC 0011-2002-AA/TC, Fundamento 14.
 [5] [5] STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC (acumulados), Fundamento 54.
 [6] *Ibidem*, Fundamento 55.
 [7] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 6.
 [8] STC 05854-2005-PA/TC, Fundamento 23.
 [9] *Vid.* Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Párrafo 71.
 [10] *Vid.* STC 0047-2004-AI, Fundamento 61.
 [11] STC 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, Fundamentos 25 y 26.
 [12] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 7.
 [13] Ratificado por el Perú en 1961.
 [14] Artículo 47. El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

Artículo 56. El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares

- [15] Publicado el 30 de abril de 1973.
 [16] Publicado el 27 de febrero de 1974.
 [17] Publicado el 28 de marzo de 1979.
 [18] Publicada el 17 de mayo de 1997.
 [19] STC 0048-2004-AI/TC, Fundamento 12.
 [20] STC 03208-2004-AA/TC, Fundamento 6.
 [21] SSTC 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC, 1956-2004-AA/TC y 3208-2004-AA/TC.
 [22] STC 3208-2004-AA/TC, Fundamento 7.
 [23] Aprobado por Decreto Ley 22129, publicado el 29 de marzo de 1978.
 [24] SSTC 0773-2002-AA/TC y 0774-2002-AA/TC.
 [25] SSTC 1340-2002-AA/TC, 1404-2002-AA/TC, 3205-2004-AA/TC y 0066-2005-AA/TC.
 [26] SSTC 0577-2004-AA/TC, 01693-2004-AA/TC, 01388-2005-PA/TC, 01602-2005-PA/TC y 04502-2005-PA/TC, entre otras.
 [27] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 6. Ver además SSTC 01459-2002-AA/TC, 02540-2002-AA/TC y 00646-2003-AA/TC.
 [28] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 7.
 [29] SSTC 0516-2002-AA/TC, 2215-2002-AA/TC y 0082-2003-AA/TC.
 [30] STC 03205-2004-AA/TC, Fundamento 4.
 [31] STC 01008-2004-AA/TC.
 [32] SSTC 01345-2005-PA/TC, 01749-2005-PA/TC y 01778-2005-PA/TC.
 [33] SSTC 02798-2005-PA/TC, 04725-2005-PA/TC, 06254-2005-PA/TC, 05249-2006-PA/TC, 05846-2006-PA/TC, 07694-2006-PA/TC, 09117-2006-PA/TC y 10691-2006-PA/TC, entre otras.
 [34] STC 01693-2004-AA/TC, fundamento 7.b.
 [35] STC 0548-2004-AA/TC, fundamento 3.
 [36] SSTC 03639-2004-AA/TC, 00549-2005-PA/TC, 01390-2005-PA/TC, 02692-2005-PA/TC, 03697-2005-PA/TC, 04513-2005-PA/TC y 08390-2005-PA/TC, entre otras.
 [37] SSTC 04041-2006-PA/TC, 08044-2006-PA/TC y 07260-2006-PA/TC.
 [38] Artículo 41.º del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846.
 [39] STC 01693-2004-AA/TC, Fundamento 7.b.
 [40] Artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA.
 [41] *Ibidem*.

24. STC N.º 10087-2005-PA, CASO ALIPIO LANDA HERRERA

Nro. de STC	10087-2005-PA/TC
Órgano emisor	Pleno
Demandante	Alipio LANDA HERRERA
Demandado	Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros
Fecha de Publicación en la Página Web	31 de diciembre del 2007
Fecha de Publicación en El Peruano	19 de enero del 2008
Fundamentos Vinculantes	20 al 29
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Imprescriptibilidad de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 (fundamento 20). 2. Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del DS 2-72-TR (fundamento 21). 3. Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional (fundamento 22). 4. Percepción simultánea de <u>pensión vitalicia y remuneración</u>: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23). 5. Percepción simultánea de <u>pensión de invalidez y remuneración</u>: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad (fundamento 23). 6. Incompatibilidad entre pensiones (fundamento 23). 7. Nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional (fundamento 24). 8. Pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y

	<p>su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional (fundamento 25).</p> <p>9. Arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral (fundamento 26).</p> <p>10. Cobertura supletoria de la ONP en los casos de riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente - Responsabilidad del Estado en el SCTR (fundamento 27).</p> <p>11. Inversión de la carga de la prueba en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 (fundamento 28).</p> <p>12. Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA (fundamento 29).</p>
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda emitieron un Fundamento de Voto, en el que señalan un conjunto de argumentos que debieron ser incluidos en los fundamentos de los precedentes vinculantes. Tales argumentos aparecieron previamente en la STC 10063-2006-PA/TC (caso Gilberto Moisés PADILLA MANGO), expedida por la Sala Segunda y publicada el 6 de diciembre del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional. 2. La STC 6612-2005-PA (caso Onofre Vilcarima Palomino), publicada el 31 de diciembre del 2007 en la página web del Tribunal Constitucional, en un proceso seguido contra el mismo demandado, repite los mismos precedentes vinculantes en sus fundamentos 19 a 28.

**EXP. N° 10087-2005-PA/TC
ICA
ALIPIO LANDA HERRERA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Huaura, a los 18 días del mes de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alipio Landa Herrera contra la sentencia de la Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 124, su fecha 1 de setiembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 15 noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue renta vitalicia por padecer de enfermedad profesional conforme al artículo 82° del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la ley N° 26790 y el Capítulo VII del Decreto Supremo N° 003-98-SA. Manifiesta que ha laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A., y que, como consecuencia de sus labores, en la actualidad padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por lo que le corresponde la pensión solicitada.

La emplazada propone la excepción de arbitraje y contesta la demanda alegando que el amparo no es la vía idónea para solicitar el pago de una pensión por enfermedad profesional, debido a que se requiere la actuación de medios probatorios para determinar el grado de incapacidad que padece el demandante.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 22 de abril de 2005, declara fundada la excepción de arbitraje en atención a que el artículo 91° del D.S. N° 009-97-SA se dispone el sometimiento de los afiliados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo al reglamento de arbitraje y solución de controversias de las Entidades Prestadoras de Salud; y, en consecuencia, improcedente la demanda planteada.

La recurrida, confirma la apelada por estimar que, para dilucidar la pretensión, se requiere la actuación de medios probatorios en un proceso más lato que cuente con la estación de pruebas, de la que carece el proceso de amparo.

III. FUNDAMENTOS

Derecho fundamental a la pensión y convenio arbitral

1. Como puede apreciarse se ha planteado una excepción de convenio arbitral, por lo que antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es necesario resolver la excepción de convenio arbitral propuesta por la demandada.

Al respecto, el Decreto Supremo N° 003-98-SA 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”.

2. Como puede verse, de conformidad con la disposición antes mencionada, ante una discrepancia sobre el pronunciamiento del Instituto Nacional de rehabilitación la parte que esté disconforme con ella puede solicitar la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tiene el carácter de cosa juzgada.
3. Al respecto cabe señalar que el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia *vertical* – frente a los poderes del Estado– y *horizontal* –frente a los particulares–. Ello

excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional.

4. La Constitución (artículo 1º) establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta disposición constitucional es la “piedra angular” de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y, a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.
5. En ese sentido la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le de un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dinamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuentes* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos.
6. En la medida en que los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa *centralidad* implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200º) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

7. Esto mismo puede predicarse de los denominados derechos sociales, por cuanto estos no pueden ni deben ser concebidos como derechos *programáticos* sino más bien como derechos *progresivos*. La diferencia entre uno y otro –que no es para nada irrelevante– radica en que si se asume que los derechos fundamentales son programáticos el Estado no asume obligación alguna para garantizar su plena eficacia, mientras que lo *progresivo* sí comporta la obligación positiva y negativa del Estado de otorgar en la mayor medida posible –esto es dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas– las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general y del derecho a la pensión en particular.
 8. En el caso concreto se trata del derecho fundamental a la pensión pero en relación con el derecho fundamental a la vida (artículo 2º inciso 1 de la Constitución) y con el derecho a la salud (artículo 7º de la Constitución), en la medida en que el demandante afirma padecer de neumoconiosis. Frente a este supuesto una disposición legal en el sentido que establece el Decreto Supremo N° 003-98-SA, en relación con el convenio arbitral, no se condice ni con el carácter fundamental de los derechos reconocidos en la Constitución ni con su naturaleza de indisponible como es el caso del derecho fundamental a la salud, contraria, de otro lado, los deberes fundamentales que asume el Estado (artículo 44º de la Constitución). De ahí que no puede concluirse, bajo interpretación formalista de esta disposición, que “en el presente caso la vía arbitral ya está predeterminada por ley”.
 9. En ese sentido, siendo que en el presente caso están de por medio no solo el derecho fundamental a la pensión sino también a la vida y a la salud, su adecuada protección debe ser determinada por un órgano jurisdiccional y vía el proceso correspondiente, más aún si el artículo 1º de la propia Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572), *contrario sensu*, establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes no tienen facultad de libre disposición. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que este Tribunal en casos similares al presente, ha venido desestimando excepciones de convenio arbitral; así, por ejemplo, tenemos a las sentencias recaídas en los expedientes 7627-2005-PA, 7641-2005-PA y 10063-2006-PA, entre otras.
- Análisis del caso concreto**
10. En el presente caso el demandante solicita que se le otorgue pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 009-97-SA, tomando en cuenta que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. En consecuencia, la pretensión del recurrente se encuentra

comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, en que se ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho.

11. Asimismo en la STC 1008-2004-AA/TC se ha precisado los criterios para otorgar la renta vitalicia por enfermedad profesional, determinando el grado de incapacidad generado por la enfermedad según su estadio de evolución, así como la procedencia del reajuste del monto de la renta percibida conforme se acentúa la enfermedad y se incrementa la incapacidad laboral.
12. Al respecto cabe precisar que el Decreto Ley N° 18846 fue derogado por la Ley N° 26790, publicada el 17 de mayo de 1997, que estableció en su Tercera Disposición Complementaria que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley N° 18846, serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP.
13. Mediante el Decreto Supremo N° 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgos, cuyo artículo 3° señala que enfermedad profesional es todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.
14. A fojas 3 obra el Examen Médico Ocupacional expedido por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS) del Ministerio de Salud, de fecha 7 de abril de 2003, en el que consta que el demandante padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. Asimismo, debe precisarse que este diagnóstico ha sido corroborado con la historia clínica obrante de fojas 20 a 23 del Cuaderno del TC.
15. De acuerdo con los artículos 191° y siguientes del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, el examen médico-ocupacional que practica la Dirección General de Salud Ambiental - Salud Ocupacional, del Ministerio de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional que padece el recurrente, conforme a la Resolución Suprema N.° 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, requiriendo el demandante atención prioritaria e inmediata, por lo que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud.

16. En el referido examen médico no se consigna el grado de incapacidad física laboral del demandante; sin embargo, en aplicación de la Resolución Suprema N° 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, este Colegiado interpreta que en defecto de un pronunciamiento médico expreso, la neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución produce, por lo menos, Invalidez Parcial Permanente, con un grado de incapacidad no menor al 50% y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66.6% generando una *Invalidez Total Permanente*, ambas definidas de esta manera por los artículos 18.2.1 y 18.2.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo.
17. Al respecto el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo N° 003-98-SA define la invalidez parcial permanente como la disminución de la capacidad para el trabajo en una proporción igual o superior al 50%, pero menor a los 2/3 (66.66%), razón por la cual corresponde una pensión de invalidez vitalicia mensual equivalente al 50% de la Remuneración Mensual. En cambio el artículo 18.2.2 señala que sufre de invalidez total permanente, en una proporción igual o superior al 66.66%, en cuyo caso la pensión de invalidez vitalicia mensual será igual al 70% de la Remuneración Mensual del asegurado, equivalente al promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, entendiéndose como tal al accidente o enfermedad profesional sufrida por el asegurado.
18. Por tanto advirtiéndose de autos que el demandante estuvo protegido durante su actividad laboral por los beneficios del Decreto Ley N° 18846, le corresponde gozar de la prestación estipulada por su norma sustitutoria y percibir una pensión de invalidez permanente parcial equivalente al 70% de su remuneración mensual, en atención a la incapacidad orgánica funcional que padece a consecuencia de la neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución.
19. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho estimamos que al haberse calificado como prueba sucedánea idónea el examen médico presentado por el recurrente, en defecto del pronunciamiento de la Comisión Evaluadora de Incapacidades, la contingencia debe establecerse desde la fecha del pronunciamiento médico 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 –antes renta vitalicia- en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

Precedentes constitucionales vinculantes**Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia**

20. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.*

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

21. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.* Asimismo debe señalarse que: *los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo 011-74-TR.*

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

22. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26° del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.*

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

23. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas son que: a) *Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.* b) *Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.* c) *Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.* Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) *Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.* b) *Resulta incompatible que un asegurado con*

invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
 c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

24. 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.*

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

25. 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

26. 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *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, 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.*

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

27. 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

- 28. a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

- 29. a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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:** Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

- i** Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.
- ii)** En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.
- iii)** *En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la*

demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

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

HARESUERTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de arbitraje planteada por la demandada; y **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar que la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros le otorgue al demandante la prestación económica que le corresponde conforme a la Ley, con el abono de devengados, intereses legales y costos procesales.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO

MESÍA RAMÍREZ

VERGARA GOTELLI

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 10087-2005-PA/TC

ICA

ALIPIO LANDA HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ, VERGARA GOTELLI Y ÁLVAREZ MIRANDA

Los diez precedentes vinculantes que se establecen en la presente sentencia, tienen su origen en los fundamentos 91, 93, 94, 97, 103, 106, 109, 115, 116, 118, 119, 127, 140 y 146 de la sentencia recaída en el Exp. N.º 10063-2006-PA/TC, caso Padilla Mango, visto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados MESÍA RAMÍREZ, VERGARA GOTELLI y ÁLVAREZ MIRANDA.

Consideramos que la presente sentencia debió reproducir la argumentación racional y lógica que sirvió de fundamento a las reglas que hoy se elevan a precedentes vinculantes, por ser parte constitutiva de su *ratio decidendi*.

Los argumentos y fundamentos omitidos son los siguientes:

2. Un gran número de procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 han puesto en evidencia las deficiencias de la legislación, lo que ha obligado al Tribunal Constitucional a adecuar la normatividad, caso por caso, generándose en ocasiones sentencias contradictorias. A las incoherencias y vacíos de la legislación se ha sumado la inactividad de un Estado indolente que soslaya el cumplimiento de sus obligaciones legales, como por ejemplo, instaurar las Comisiones Médicas Evaluadoras, supervisar el cumplimiento de las leyes laborales mineras, lo que exigían del Juzgador el deber de administrar justicia, recurriendo a la aplicación supletoria de leyes afines, o a la integración de los ámbitos lagunosos del ordenamiento a través de la jurisprudencia internacional. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional, en virtud de sus funciones de ordenación y pacificación, considera conveniente revisar su jurisprudencia para determinar si los criterios desarrollados respecto a la protección de riesgos profesionales, sea al amparo del Decreto Ley 18846 o la Ley 26790, permiten resolver las controversias constitucionales en el contexto actual, o si deben ser cambiados o complementados los criterios preexistentes. Para este efecto, se abordarán las siguientes materias:

- a. La preceptividad de la seguridad social como derecho fundamental, social y como garantía institucional; su contenido y su relación con la protección de las enfermedades profesionales.
- b. El modelo económico consagrado por la Constitución Política y su relación con los derechos sociales, especialmente con el derecho a la salud, así como las obligaciones que nuestra normatividad ha reconocido al Estado para la protección del derecho a la salud; y su relación con el sistema del seguro social de salud para la protección de las enfermedades profesionales, así como las entidades encargadas de su protección.
- c. Si los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional respecto a la protección que brinda la seguridad social a las enfermedades profesionales, deben ser mantenidos, cambiados o racionalizados para adecuarlos a las exigencias sociales cambiantes y a la protección efectiva de los derechos fundamentales sociales.
- d. El rol del Estado en la protección de los riesgos profesionales y en la prevención de riesgos en la actividad minera.

2.§ El derecho a la seguridad social como un derecho social

3. El derecho a la seguridad social en pensiones y en salud (artículos 10º y 11º), de acuerdo con la clasificación dispuesta en la Constitución Política, se ubica dentro de los denominados *derechos sociales y económicos*. Por ello, cuando este Tribunal ha desarrollado el modelo de seguridad social establecido por la Constitución Política de 1993, ha advertido que el punto de partida para la solución de cualquier controversia relacionada con el acceso a las prestaciones que brinda la seguridad social en pensiones [derecho a la pensión] y en salud, debe comenzar por precisar la naturaleza y eficacia de los denominados *derechos sociales*.
4. En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos prestacionales, este Tribunal^[1] ha señalado que los derechos sociales no son meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente.

5. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho.
6. Y es que la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos *deberes de solidaridad*, en el entendido que conseguir el bienestar y un nivel de vida digno es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste.
7. En tal sentido, este Tribunal, al evaluar la afectación del derecho a la salud, ha precisado que la preceptividad diferida no implica el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de estos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección).^[2] Así, de su relación indisoluble con la dignidad de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales.
8. Recientemente, el tratamiento que la jurisprudencia brinda a los derechos sociales se ha caracterizado por sostener con cierto grado de uniformidad^[3] que los derechos sociales son, además de derechos–reglas, claros derechos–principios que postulan la necesidad de alcanzar objetivos determinados y dejan abiertas las vías para lograrlos. Por ello, cuando un derecho fundamental social tiene carácter optimizable, ello no quiere decir que éste pueda ser incumplido sino que, siguiendo el carácter de eficacia directa e inmediata de la Constitución, también debe ser plenamente efectivizado a favor de sus titulares. En este supuesto el ámbito legislativo opera como un medio para conseguir el fin constitucionalmente previsto.

9. En tal sentido, tanto el derecho a la seguridad social en pensiones y en salud como el derecho a la protección de la salud forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.

2.1. § El derecho a la seguridad social como derecho fundamental y garantía institucional

10. El artículo 10º de la Constitución reconoce y garantiza el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad y el Estado provean instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos, de modo tal que pueda tener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.
11. En tal sentido, el derecho a la seguridad social como derecho fundamental tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida, lo cual se concreta a través de los distintos regímenes de salud y de pensiones que pudieran establecerse.
12. Por ello, este Tribunal^[4] ha señalado que la seguridad social (dentro de cuyo concepto, se entenderá incluido el servicio previsional de salud y de pensiones) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Su condición de sistema institucionalizado, imprescindible para la defensa y el desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales, permite reconocer a la seguridad social como una garantía institucional.
13. Dicha garantía institucional se infiere de una interpretación sistemática de los artículos 10º y 11º de la Constitución. Así, el derecho a la seguridad social se instituye como una garantía institucional del derecho a la pensión, al posibilitar su vigencia según los parámetros correspondientes a un Estado social y democrático de Derecho. De esta forma, la seguridad social está prevista en la Constitución como la garantía institucional del derecho a la pensión.

14. Desde esta perspectiva, el Tribunal^[5] ha señalado que la seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10º de la Constitución– al amparo de la “doctrina de la contingencia” y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en “la elevación de la calidad de vida”.
15. Toda garantía institucional, como la seguridad social, para poder operar directamente, a diferencia de un derecho fundamental clásico, requiere de configuración legal. Es decir, la ley constituye fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido pero no para demandar su exigibilidad. Para este Tribunal^[6], dicho contenido se encuentra conformado fundamentalmente por los siguientes aspectos: En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.
16. Por ello, el derecho a la pensión constituye una manifestación –no única por cierto– de la garantía institucional de la seguridad social. En igual medida, las prestaciones de salud, sean preventivas, reparadoras, recuperadoras o económicas, también constituyen una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, que tienen por finalidad mantener, preservar y elevar la salud de las personas ante cualquier contingencia que altere o menoscabe la calidad de vida.
17. Ciertamente, la protección que brinda la seguridad social en salud tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana, que constituye una de las características básicas sobre las cuales se estructura nuestro Estado social y democrático de Derecho. De esta manera, la protección constitucional de las personas es pilar fundamental en la estructura jurídica del país, y por ello, las prestaciones que brinda la seguridad social en salud tienen por finalidad la protección del derecho a la vida y al bienestar reconocidos en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución. En consecuencia, si bien la privatización de la seguridad social en salud puede generar en las empresas prestadoras del

servicio la consecución de una finalidad de lucro, éstas no pueden ni deben ejecutar sus prestaciones menoscabando la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, ya que son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

18. En este marco, el Tribunal en la STC 02349-2005-PA ha establecido que las prestaciones de seguridad social en salud y pensiones son un servicio público que puede ser brindado tanto por el Estado como por entidades privadas debidamente autorizadas al efecto, quienes deberán cumplir con las prestaciones, por lo menos, en condiciones mínimas de igualdad. No obstante ello, el Estado, por su función tuitiva, siempre será el primer obligado a satisfacer las prestaciones de seguridad social aun cuando no se encuentre cubriendo el servicio de manera exclusiva.

2.2.§ El derecho a la seguridad social en los tratados internacionales de derechos humanos

19. La obligación de proveer todas las medidas jurídicas necesarias que tornen efectivo el reconocimiento de los derechos fundamentales sociales –entre ellos, el derecho a la pensión y a la salud–, no solo constituye una obligación de carácter constitucional, sino también de carácter internacional, puesto que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que los derechos fundamentales –entre ellos el derecho a la pensión y a la salud– deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.^[7]

Es más, dicha regla de interpretación también se encuentra reconocida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), que establece que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

De ahí que este Tribunal^[8] haya establecido que la interpretación que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales^[9]) 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.

A esta dimensión interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos, debe agregarse que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y detenta rango constitucional^[10], por tal razón, este Tribunal^[11] ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado”. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

20. Lo indicado permite concluir que el adecuado marco de interpretación del derecho a la seguridad social debe tener en cuenta los diversos tratados relativos a derechos humanos tanto en lo que se refiere al ámbito universal de protección de los derechos humanos, como a los instrumentos internacionales del sistema interamericano^[12]. En dicho marco debe tenerse presente el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (1952)^[13], norma mínima de la seguridad social que establece en el artículo 31, la obligación de todo Estado Miembro de garantizar a las personas protegidas, el reconocimiento de las prestaciones que correspondan en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.3.§ La protección de los riesgos profesionales en el ordenamiento jurídico interno

21. Mediante la Ley 1378, publicada el 3 de julio de 1911, modificada por la Ley 2290, publicada el 20 de noviembre de 1916, sobre accidentes de trabajo, se reguló inicialmente la protección contra accidentes de trabajo, con una cobertura limitada para los trabajadores, disponiéndose, por concepto de indemnización, el pago de una renta vitalicia o temporal, a cargo del empleador, el cual podía sustituir su obligación de indemnizar como responsable de los accidentes de trabajo, contratando un seguro individual o colectivo. Debe advertirse que las normas mencionadas se expidieron antes de la Constitución de 1920^[14], que incluye por vez primera las garantías sociales, por lo que resulta ser una normativa incipiente en materia de protección de riesgos dentro de la concepción y evolución de la seguridad social en el Perú, en cuyo diseño la responsabilidad del empleador permite la contratación de seguros de

carácter mercantil.

22. Posteriormente, mediante la Ley 7975, publicada el 21 de enero de 1935, se incluyó la neumoconiosis o cualquier otra dolencia adquirida por la intoxicación de gases derivados de productos químicos, entre las enfermedades sujetas a la indemnización por el empleador, de conformidad con las Leyes 1378 y 2290.
23. Ahora bien, mediante el Decreto Ley 18846, publicado el 29 de abril de 1971, se dio término al aseguramiento voluntario para establecer la obligatoriedad de los empleadores de asegurar a sus trabajadores obreros mediante la gestión exclusiva de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero. Su propósito era promover niveles superiores de vida y una adecuada política social de protección, unificando la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la organización de seguridad social. Las prestaciones cubiertas por este seguro eran otorgadas con la sola comprobación de la condición de trabajador obrero, sin requerirse un periodo de calificación, y consistían en: a) asistencia médica general y especial; b) asistencia hospitalaria y de farmacia; c) aparatos de prótesis y ortopédicos; d) reeducación y rehabilitación, y e) dinero.
24. Lo anotado guarda coherencia con la evolución de la seguridad social en el Perú. En efecto, el último considerando del Decreto Ley 18846 señalaba que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) se crea:

(...) con criterio eminentemente social ajeno a todo espíritu de lucro y con la única finalidad de defender y cuidar debidamente la salud de los trabajadores (...).

Teniendo en cuenta ello, este Tribunal en la STC 0141-2005-PA/TC destacó que “Tal premisa denota la transición de un modelo de responsabilidad empresarial en el que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales eran cubiertos directamente por los empleadores o mediante la contratación de un seguro a favor de tercero, hacia un modelo de seguro social, en el cual, a diferencia del anterior, la previsión social se convierte en un fin del Estado al brindar de manera obligatoria medidas reparadoras a trabajadores que desarrollan actividades de riesgo, recurriendo al esquema del seguro a favor de tercero gestionado únicamente por un ente público”.
25. Un elemento importante a señalar es que la promulgación de la norma sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue el primer paso para integrar un grupo de dispositivos legales expedidos paulatinamente como parte

- de una política estatal en materia de seguridad social. En efecto, el Decreto Ley 19990^[15] creó el Sistema Nacional de Pensiones, consolidando los regímenes existentes, y mediante el Decreto Ley 20530^[16], se estableció el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos en el Decreto Ley 19990. Con dichas normas se reestructuró la seguridad social en pensiones, mientras que en lo concerniente a la protección en salud mediante el Decreto Ley 22482^[17] se estableció el Régimen de Prestaciones de Salud de Seguro Social del Perú (sic), que al complementar la regulación del Decreto Ley 18846, brindó las prestaciones médicas, asistenciales, recuperadoras y preventivas previstas en dicho texto legal.
26. Mediante la Ley 26790, de Modernización de la Seguridad Social en Salud,^[18] se derogó el Decreto Ley 18846 y se sustituyó su mecanismo operativo por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), también de carácter obligatorio, como una cobertura adicional para los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que realizaran actividades de alto riesgo, autorizando a los empleadores a contratar la cobertura de los riesgos profesionales indistintamente, y siempre por su cuenta, con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con las empresas de seguros debidamente acreditadas.

En razón de la modificación del mecanismo de protección de los riesgos profesionales, se posibilita a las aseguradoras privadas que se encarguen de la protección del derecho a la salud de los trabajadores que realizan actividades de riesgo, estableciéndose que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley 18846, sean transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP (Tercera Disposición Complementaria de la Ley 26790).
 27. Por ello es que, teniéndose presente que la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento prevén que el SCTR puede ser contratado con la ONP o con las empresas de seguros, debe abordarse el diseño de nuestra economía social de mercado, y el papel que juegan las entidades públicas o privadas encargadas de brindar las prestaciones, debido a que tiene estrecha relación con la seguridad social en salud y el derecho a la salud.
- 3.§ La economía social de mercado y el Estado social y democrático de Derecho**
28. Este Tribunal ha establecido que de la interpretación sistemática de los artículos 3° y 43° de la Constitución se concluye que el Estado peruano presenta las

características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, que se sustenta en los principios esenciales de dignidad del hombre, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado, según lo establece el artículo 58.º de la Constitución Política.

29. En este contexto, el Estado social y democrático de Derecho busca promover, por un lado, la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus objetivos (la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad), lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y, por otro, la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con prudencia, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando constituirse en obstáculo para el desarrollo social y la iniciativa y propiedad privada.
30. Ello exige que el Estado –a través de la Administración como gestora pública– asuma el deber que le impone la Constitución Política en su artículo 44º, consistente en “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. El Estado para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.
31. Consecuentemente, en el Estado social y democrático de Derecho, la *ratio fundamentalis* no es privativa de los derechos de defensa, es decir, de aquellos cuya vigencia se encuentra garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación social que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio de dignidad humana.
32. En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque

subsidiario en esencia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva, es decir, que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asuman deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.

33. Por ello, el Tribunal Constitucional^[19] ha reconocido que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios.
34. En suma, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado.

3.1. § Funciones del Estado en una economía social de mercado

35. La economía social de mercado al referirse a un tipo de organización económica basada en la iniciativa privada libre y descentralizada, en donde aparecen, de un lado, los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, genera que el Estado cumpla plurales funciones, a saber:
 - a. Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales, el derecho a la propiedad de los agentes económicos y los principios integrantes de la denominada Constitución Económica.
 - b. Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras, y promueve el uso sostenible de los recursos naturales

para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

- c. Mantiene una función reguladora, supervisora y correctiva mediante la Administración Pública, los organismos constitucionales y/o los organismos reguladores.
- d. Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, solo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que, por inacción o imperfección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
- e. Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).
- f. Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población, la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

3.2. §La protección del derecho a la salud como deber del Estado social y democrático de Derecho

- 36. Al respecto, el Tribunal Constitucional^[20] ha señalado que dentro de los componentes del Estado social queda claro que el reconocimiento y la promoción del derecho a la salud ocupan un papel trascendental, en tanto dicho atributo representa parte del conglomerado de derechos sociales que bajo la forma de obligaciones se imponen al Estado a efectos de ser promovido en condiciones materiales y fuentes de acceso.
- 37. Ello es así debido a que el derecho a la salud, reconocido en el artículo 7.º de la Constitución, comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros.
- 38. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional^[21] que para preservar el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, a que tiene derecho todo ser humano, el Estado tiene el deber-poder de

proporcionar y garantizar el cumplimiento de acciones de conservación y de restablecimiento del derecho a la salud ante cualquier situación de perturbación de la estabilidad orgánica y funcional. Para tal efecto, el Estado debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para ello, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

Por consiguiente, los servicios de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

- 39. En tal sentido, debe precisarse que este Tribunal^[22] ha destacado que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes asumen esta tarea desde el sector privado, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de estas políticas, planes y programas, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas, pues resulta inobjetable que allí donde se ha reconocido la condición fundamental del derecho a la salud, deben promoverse, desde el Estado, condiciones que lo garanticen de modo efectivo, y dispensarse protección adecuada a quienes ya gocen del mismo.
- 40. Por otro lado, debe indicarse que numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de las personas. Así, en el párrafo 1 del artículo 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que:

toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)^[23] en el párrafo 1 del artículo 12º señala que los Estados Partes reconocen:

el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

Mientras que en el párrafo 2, del artículo 12º del PIDESC se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho. Así, entre las medidas que los Estados Partes deberán adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, tenemos:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
41. En tal sentido, debe resaltarse que, de conformidad con el apartado c) del párrafo 2, del artículo 12º del PIDESC, una las medidas que el Estado peruano debe adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho al más alto nivel posible de salud, es la prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales. En tal medida, podemos afirmar que el Estado peruano ha cumplido dicha obligación internacional al haber mantenido un seguro complementario de trabajo de riesgo para la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Respecto al apartado referido, debe tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14, ha precisado que:

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual

y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

42. De todo lo expuesto, se puede concluir que el derecho a la salud tiene como fundamentos el principio–derecho de dignidad humana, los derechos fundamentales a la vida y al bienestar, y los valores de igualdad y solidaridad. En tal sentido, debe resaltarse que la Constitución, para garantizar una vida digna no solo en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material, reconoce los derechos a la salud y la seguridad social.
43. En tal sentido, el seguro para el trabajador que realiza actividades de riesgo también encuentra sustento en que un tipo de pensión como ésta conlleva específicamente una cobertura especial ante una deficiencia física sobreviniente con pleno respeto de su dignidad, dentro de un régimen dedicado a su protección, atención, readaptación y seguridad (art. 7.º de la Constitución).

3.3. §EI SCTR y las entidades encargadas de brindarlo

44. El artículo 11º de la Constitución establece que “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

De este modo, el constituyente ha reconocido que las prestaciones de salud y de pensiones pueden ser otorgadas mediante entidades públicas, privadas y/o mixtas, poniendo en relieve que el Estado asume un rol supervisor y/o fiscalizador del adecuado cumplimiento del derecho fundamental al libre acceso a prestaciones de salud y de pensiones cuando sus prestaciones sean brindadas por entidades privadas y/o mixtas.

45. Por ello, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política– haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta

capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los derechos sociales es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, para procurar que se materialice el componente social del modelo económico previsto por la Constitución.

46. El SCTR otorga cobertura adicional por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, sean empleados u obreros, eventuales, temporales o permanentes. Es obligatorio y por cuenta de las entidades empleadoras que desarrollan las actividades de alto riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA.

De esta manera, el SCTR constituye un sistema especializado de protección del Seguro Social de Salud que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud y económicas por contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no cubiertas por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP.

4. § Criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

47. La modificación del régimen de protección de riesgos profesionales (accidentes y enfermedades profesionales) ha generado diversas situaciones relacionadas con la aplicación de la normativa, tanto de aquella dictada con ocasión de la transición de un mecanismo asegurador a otro, como de la derivada de la protección de los riesgos acaecidos durante la vigencia de la Ley 26790.
48. Este Colegiado al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley 18846 o de la Ley 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:
- i. Prescripción de la pensión vitalicia.
 - j. Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR.
 - k. La acreditación de la enfermedad profesional.
 - l. La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares.
 - m. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.

- n. La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional.
 - o. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
 - p. La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
49. Este Colegiado considera que es momento de efectuar una evaluación integral del tratamiento jurisprudencial sobre la protección de los riesgos profesionales, en vez de seguir expidiendo pronunciamientos sin hacer un enfoque de conjunto que abarque, tanto a los que intervienen en la relación jurídica de seguridad social como al propio Estado, porque, de no hacerlo, es probable que la finalidad última de los procesos constitucionales no sea cumplida a cabalidad y no se solucionen adecuadamente las vulneraciones que se alegan. Debe recordarse que la supremacía de la Constitución obliga a que toda la actividad de los organismos públicos y de los particulares se oriente hacia su realización.

4.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

50. Sobre el particular, el artículo 13º del Decreto Ley 18846 establecía que:
- Fíjase como plazo de prescripción para demandar a la Caja Nacional del Seguro Social Obrero las prestaciones debidas por este régimen, el término de 3 años, computados desde la fecha de acaecimiento del riesgo. Si el servidor continuare trabajando para el mismo empleador, el término de prescripción se contará a partir de la fecha de cese en el trabajo.
51. Respecto al plazo de prescripción establecido por el artículo 13.º del Decreto Ley 18846, debe señalarse que este Tribunal durante el desarrollo de su jurisprudencia ha elaborado cuatro criterios para desestimar la aplicación del plazo de prescripción cuando se solicite el otorgamiento de una pensión vitalicia.
52. Así, en el primer criterio, este Tribunal^[24] para desestimar la aplicación del artículo 13º del Decreto Ley 18846, que era propuesto como una excepción de prescripción, señaló que:
- En cuanto a la excepción de prescripción extintiva, es de aplicación lo establecido por el artículo 1989º del Código Civil, en el sentido de que, por la naturaleza del derecho, no prescribe la acción.
53. Posteriormente, se desarrolló un segundo criterio^[25], en el que se consideró que el artículo 13º del Decreto Ley 18846 al ser una disposición que fue

emitida antes de la Constitución Política de 1993 debía ser interpretada conforme a ésta; razón por la cual el derecho a una pensión vitalicia no prescribía. Así, se señaló que:

(...) esta disposición al ser preconstitucional debe interpretarse *desde* la actual Constitución. Así, en materia pensionaria y de seguridad social, los derechos adquiridos no prescriben, conforme al artículo 10° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

54. En el tercer criterio, este Tribunal ^[26] señaló que la mencionada disposición contiene dos presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción, a saber:

III. El primer presupuesto establecía que se contabiliza el plazo de prescripción a partir del acaecimiento del riesgo, esto es, desde la fecha de determinación de la incapacidad o enfermedad profesional.

IV. El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad o enfermedad profesional.

55. Finalmente, el cuarto y último criterio vinculante desarrollado por este Tribunal es el contenido en la STC 0141-2005-PA, en el que se deja de lado el criterio de los presupuestos legales para la aplicación del plazo de prescripción por considerarse contrario al contenido esencial del derecho a la pensión. Así, se señaló que:

(...) la aplicación de los presupuestos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 18846 podría conllevar, de darse el caso, una restricción irrazonable en el acceso a una pensión vitalicia por incapacidad laboral que no se condice con el contenido esencial del derecho a la pensión que este Tribunal ha delimitado, inicialmente, en la STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados) y luego en la STC 1417-2005-PA.

Asimismo, en la sentencia referida el Tribunal consideró que el artículo 13° del Decreto Ley 18846 era contrario a los artículos 1° y 12° de la Constitución Política de 1979 y al artículo 9.º del PIDESC. En este sentido, se precisó que:

(...) las disposiciones que limitan el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social, tal como era el caso de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Ley 18846, debieron entenderse inaplicables por incompatibilidad con la norma constitucional.

En consecuencia, (...) a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción.

4.2. **§Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR**

56. Al respecto, debe precisarse que el artículo 2° del Decreto Ley 18846 estableció el ámbito de protección que otorgaba el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Así, se estableció:

Artículo 2.- Son asegurados obligatorios, a los efectos previstos por este Decreto Ley:

- a) Los trabajadores obreros de la actividad privada y de las empresas de propiedad social, los pescadores y los del servicio doméstico, cualquiera que sea la persona para la cual presten servicios; y
- b) Los trabajadores obreros del Sector Público, no comprendidos en el Decreto-Ley N° 11377.

57. De una lectura del artículo transcrito se puede deducir que el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales impuesto obligatoriamente por el Decreto Ley 18846 protegía a los trabajadores obreros de la actividad privada, mas no a los trabajadores empleados.

Sin embargo, dicha interpretación literal del artículo referido no es la más adecuada, ya que la protección superlativa que se buscó otorgar con el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a los trabajadores que realizaban actividades de riesgos se vería menguada. Por ello, este Tribunal cuando ha delimitado el ámbito de protección del artículo referido ha tenido en cuenta: a) si el demandante se desempeñó en el mismo centro de trabajo como obrero y empleado; b) la enfermedad profesional que padece; y c) que en la actualidad la cobertura del SCTR protege tanto a los obreros como a los empleados.

58. En este sentido, debe resaltarse que este Tribunal en la STC 1008-2004-AA ha enfatizado que no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo. Así, se señaló que:

(...) el actor no pierde su derecho por haberse desempeñado como empleado en el mismo centro de trabajo, durante el periodo comprendido entre el 1 de

febrero de 1978 y el 15 de mayo de 1993, toda vez que ello no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero, ya que, como se ha manifestado, los síntomas de la enfermedad profesional que padece no tienen un desarrollo y evolución preestablecidos, pero su origen sí está determinado en el periodo de riesgo laboral, más aún cuando la normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente, a quienes se desempeñan como empleados dentro de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

59. En igual sentido, este Tribunal, en la STC 276-2004-AA, enfatizó que el demandante no perdía su derecho a una pensión vitalicia por haberse desempeñado como empleado, pues cuando inició sus labores en el mismo centro de trabajo era obrero, y lógicamente se encontraba asegurado por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Además, porque su actividad como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta su salud en su desempeño como obrero.

Asimismo, se consideró que la normativa vigente ha dejado de lado la diferenciación entre obreros y empleados, y ha incorporado, expresamente en la cobertura del SCTR, a quienes se desempeñan como empleados.

4.3. §La acreditación de la enfermedad profesional

60. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 61.º del Decreto Supremo 002-72-TR establecía que:

Las incapacidades permanentes a que den lugar las enfermedades profesionales serán declaradas por “Comisiones Evaluadoras de Incapacidades” integradas por tres médicos de la Caja Nacional de Seguro Social, nombrados por el Gerente General.

61. En tal sentido, la verificación del estado de incapacidad producido por una enfermedad profesional, así como el nexo de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, constituyó el elemento determinante para el otorgamiento de la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, pues a diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez prevista en el Decreto Ley 19990, que requiere para su otorgamiento, además de la acreditación del estado de incapacidad laboral, la comprobación de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
62. Por ello, cuando se sometieron a conocimiento de este Tribunal pretensiones referidas al otorgamiento de una pensión vitalicia por enfermedad profesional

el criterio utilizado para la comprobación de la enfermedad partió por sostener la existencia de una norma general aplicable a las pensiones de invalidez. En ese sentido, se señaló que a partir del artículo 26º del Decreto Ley 19990, modificado por la Ley 27023, para acreditar la calidad de inválido “basta la presentación del Certificado Médico de Invalidez emitido por el Instituto Peruano de Seguridad Social –hoy ESSALUD–, los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o las Entidades Prestadoras de Salud constituidas según Ley N° 26790, de acuerdo al contenido que la ONP apruebe, previo examen de una Comisión Médica nombrada, para tal efecto, en cada una de dichas entidades.”^[27]

Bajo dicha premisa, y atendiendo a que la Comisión Técnica del artículo 30º del Decreto Supremo 003-98-SA no se constituyó, “debió procederse de acuerdo con lo expuesto en la Cuarta Disposición Transitoria del referido Decreto Supremo, que establece la posibilidad de determinar la existencia de enfermedad profesional empleando la lista y criterios utilizados en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 002-72-TR, el mismo que en su artículo 60º reconoce la neumoconiosis como enfermedad profesional.”^[28] Puede observarse que si bien la decisión parte de reconocer la existencia de un mecanismo para verificar la enfermedad, se recurre a una comprobación de la misma en virtud de una falta de implementación en la conformación de la entidad competente.

63. El criterio esbozado permitió la acreditación de la enfermedad profesional con exámenes médicos, los que eran apreciados en aplicación del artículo 191º y siguientes del Código Procesal Civil, referidos a los medios de prueba, teniendo en cuenta, principalmente, que su finalidad es acreditar los hechos, producir certeza en el juzgador y permitirle fundamentar sus decisiones. En esa línea el Tribunal^[29] concluía en muchos de sus fallos: “En consecuencia, de conformidad con los artículos 191º y siguientes del Código Procesal Civil, el examen médico (...) cumple su objetivo requerido (...)”. En dichos casos la solución adoptada se situaba dentro de los alcances de valoración de la prueba, en donde importa la comprobación de la enfermedad sin que sea relevante hacer alguna precisión sobre la competencia de la entidad que lo emitió. Por ello, cuando el Tribunal evaluó, en algunos casos, el dictamen médico emitido por la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidades de EsSalud, cuando era el único documento aportado al proceso para acreditar la enfermedad profesional, el Tribunal consideraba que ésta se encontraba acreditada.^[30]
64. Los criterios relacionados con la acreditación de la enfermedad profesional – descritos *supra*– también sirvieron para que el Tribunal Constitucional

consolidara las reglas de procedencia, el grado de incapacidad generada por la enfermedad según su estadio de evolución y el reajuste del monto de la pensión de invalidez percibida conforme se acentuaba la enfermedad y se incrementaba la incapacidad laboral.^[31] En dichos pronunciamientos se ingresaba al análisis del caso concreto y se evaluaba el examen médico ocupacional que practicaba la Dirección General de Salud Ambiental – Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de conformidad con el artículo 191º del Código Procesal Civil, precisando que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud. En tal sentido, al no consignarse en el documento médico el grado de incapacidad física laboral de los solicitantes se interpretó, en defecto de un pronunciamiento médico expreso, que los diversos grados de evolución de la neumoconiosis (silicosis) se determinan en función de la regulación que sobre el particular contenía el Decreto Ley 18846, su norma reglamentaria y el Decreto Supremo 003-98-SA.

65. Posteriormente, en atención a las denuncias públicas de falsificación de certificados médicos a las que el Tribunal no se mantuvo ajeno, en uso de sus atribuciones y para mejor resolver, solicitó a las entidades emisoras la historia clínica que sustentaba la enfermedad en cuestión, a fin de corroborar su autenticidad.^[32] De este modo, se buscó, en el contexto descrito, confirmar la información contenida en los certificados médicos pues era evidente la existencia de un elemento perturbador en la evaluación de los medios probatorios con los que se pretendía el reconocimiento de una prestación pensionaria relacionada con la incapacidad, lo que en cierta medida dificultaba cumplir a cabalidad con la finalidad de los medios de prueba, esto es, crear certeza en el juzgador respecto al elemento esencial para el otorgamiento de la pensión de invalidez y con ello salvaguardar el derecho fundamental lesionado.
66. Lo anotado lleva a sostener que el Tribunal Constitucional considera que legislativamente se han establecido mecanismos para acreditar la incapacidad laboral y los entes competentes para determinarla. Sin embargo, la posibilidad de demostrar la enfermedad profesional con certificados médicos que se apartan del diseño legislativo se originó en la inoperatividad de los entes involucrados en el reconocimiento de las pensiones, lo que conllevó a que en la búsqueda de la adecuada protección del derecho fundamental se recurriera a mecanismos alternos, los que, tal como puede observarse, han merecido ajustes en más de una ocasión, siempre para preservar la eficacia del derecho fundamental a la pensión. En tal medida, este Colegiado considera que la

situación descrita, que operó casi como una excepción a la regla, no puede convertirse en un estado permanente sino que debe adoptarse, por parte de las entidades involucradas, un compromiso en el cumplimiento de las funciones y competencias asignadas en tanto solo así la defensa de los derechos fundamentales tendrá un verdadero sentido en el Estado social y democrático de Derecho. Es deber del Estado brindar convenientes servicios a la ciudadanía y esto incluye la obligación que tienen las entidades de cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas. De este modo disminuirían las arbitrariedades que comete la Administración y el ciudadano podrá recobrar esa confianza en sus instituciones, lo que permitiría que el aparato estatal funcione de manera ordenada.

4.4. § La acreditación de la enfermedad profesional mediante certificados médicos particulares

67. Sobre este punto, el Tribunal^[33] ha sido enfático en afirmar que solamente los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por entidades *públicas competentes* pueden acreditar de manera suficiente el padecimiento y el grado de incapacidad laboral por enfermedad profesional, por lo que los informes emitidos por organismos privados o médicos particulares no constituyen prueba idónea de la existencia de una enfermedad profesional y consecuente incapacidad laboral.

En este sentido, en la STC 05846-2006-PA este Tribunal para desestimar la demanda de amparo advirtió que:

(...) el recurrente presenta como medio probatorio para acreditar la enfermedad profesional y con ello demostrar la titularidad del derecho a la pensión, el informe emitido por el Instituto de Investigación de Enfermedades Profesionales Mineras (Invepromi), de fecha 19 de noviembre de 2004, es decir, un informe evacuado por un organismo particular; por ello, no constituye prueba fehaciente de la existencia de una enfermedad profesional (*cf.* STC 02798-2005-PA, FJ 5), en tanto no se trata de un ente público competente autorizado para determinar una incapacidad laboral o certificar el padecimiento de enfermedad profesional.

4.5. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad

68. Esta problemática fue abordada por el Tribunal^[34] cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13º del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró

que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración.

En tal sentido, en la STC 01693-2004-AA/TC se estableció que:

El segundo presupuesto estipula que el citado plazo se computa a partir de la fecha de cese, cuando el trabajador continúa laborando a pesar de haberse determinado la incapacidad; ello, en virtud de la incompatibilidad existente entre la percepción de una prestación pensionaria y la prestación de servicios efectivos y remunerados.

69. Posteriormente, el Tribunal ^[35] ha considerado que no resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, porque ambas prestaciones son de naturaleza distinta. En este sentido, en la STC 0548-2004-AA/TC se ha señalado que:

(...) el goce de las prestaciones dispuestas por el Decreto Ley N° 18846 no resulta incompatible con la percepción de ingresos remunerativos o pensionarios debido a su naturaleza indemnizatoria, y no pensionaria.

70. Asimismo, debe señalarse que este Tribunal ha considerado que el otorgamiento de una pensión vitalicia no procede cuando el demandante padece de incapacidad permanente parcial y continúa laborando. En este sentido, en la STC 00048-2005-PA para desestimar la demanda se señaló que:

(...) existen documentos contradictorios, pues la alegada enfermedad causa incapacidad permanente parcial para realizar las tareas habituales del trabajo, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, ya que el demandante continúa laborando, por lo que corresponde desestimar la presente demanda; sin embargo, debe dejarse a salvo el derecho que pudiera corresponder al recurrente, a fin de que lo haga valer en una vía que cuente con etapa probatoria.

4.6. § La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar que la hipoacusia es una enfermedad profesional

71. En principio, debe tenerse presente que la hipoacusia (disminución del nivel de audición: sordera), como enfermedad, puede padecerla cualquier persona expuesta a ruido de forma repetida. Por ende, la hipoacusia puede ser tanto una enfermedad común, generada como consecuencia de la exposición continua al ruido, como una enfermedad profesional, causada por la exposición a agentes físicos.

72. Por ello, cuando este Tribunal ^[36] ha evaluado procesos de amparo en los que se solicita el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 por padecer de hipoacusia, previamente ha considerado necesario determinar si la hipoacusia es o no de origen ocupacional a efectos de generar el derecho a una pensión vitalicia o una pensión de invalidez por enfermedad profesional.

73. De ahí que, para establecer el origen laboral de la hipoacusia, sea necesario acreditar el nexo o relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, es decir, la conexión real de causa – efecto que debe existir entre el trabajo y la enfermedad que se padece. Para ello se tendrá en cuenta qué funciones desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo.

En este sentido, en la STC 02692-2005-PA para desestimar la demanda, este Tribunal advirtió que el demandante no había acreditado el nexo o relación de causalidad entre el trabajo desarrollado y la enfermedad de hipoacusia que padecía. Así se señaló que:

1. (...) con el certificado de trabajo y la carta expedida por la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., obrantes de fojas 4 a 6, se acredita que el demandante, durante el desempeño de sus (...) labores, no estuvo expuesto a ruidos permanentes causantes de enfermedad de hipoacusia, ya que la referida carta dice que el demandante realizaba “trabajos de supervisión de las actividades de recepción, almacenamiento, conservación de materiales y suministros en Almacenes de San Juan y San Nicolás, además de la carga y descarga de los barcos que transportan insumos y carga general de la empresa” ^[2]; además, se precisa que la contaminación ambiental del área de trabajo del demandante provenía del “polvo, humedad, presencia de olores desprendidos por los materiales almacenados”.^[3]
2. (...) el demandante cesó en sus actividades laborales el 3 de noviembre de 1992 y que la enfermedad de hipoacusia que padece le fue diagnosticada el 18 de agosto de 2003, es decir después de 10 años de haber ocurrido el cese, por lo que no es posible determinar la relación de causalidad antes referida.
3. (...) en el examen médico ocupacional presentado por el demandante no se determina que la enfermedad de hipoacusia que padece sea

consecuencia directa de la exposición a factores de riesgos inherentes a su actividad laboral.

4. En consecuencia, aun cuando el demandante adolece de hipoacusia bilateral, no se acredita que esta enfermedad sea consecuencia de la exposición a factores de riesgo propios de su actividad laboral, motivo por el cual no es posible acoger la demanda.

4.7. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

74. El SCTR prevé el arbitraje como un mecanismo alternativo para la solución de las controversias que pueda generar la ejecución del contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo. En tal sentido, el artículo 9º del Decreto Supremo 003-98-SA 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° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 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.

75. Al respecto, debe señalarse que este Tribunal en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, Decreto Supremo 009-97-SA y al Decreto Supremo 003-98-SA, en los que se plantea la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, ha establecido que dicha excepción resulta desestimable, debido a que el acceso a una pensión de invalidez por enfermedad profesional no es una materia arbitrable, ya que ésta constituye una concreción del derecho a la salud que tiene el carácter de indisponible.

En este sentido, en la STC 07627-2005-PA/TC se ha señalado que:

(...) tratándose de un derecho de carácter indisponible como lo es el derecho a la salud, la excepción opuesta debe ser desestimada, conforme al artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, 26752, por cuanto se invoca la conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante (...).

76. Asimismo, este Tribunal también ha desestimado la excepción de arbitraje, argumentando que el acceso a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 al formar parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, que guarda vinculación con los derechos a la vida y a la salud, tiene el carácter de indisponible para las partes, puesto que de él depende la subsistencia del asegurado invalido.

En este sentido, en la STC 07641-2005-PA/TC se ha indicado que:

(...) la importante vinculación que el derecho a la pensión guarda con otros derechos fundamentales –como son la vida y la salud–, puesto que de él depende la subsistencia de la recurrente, evidencia su carácter indisponible. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1º de la Ley General de Arbitraje, N.º 26572, la excepción de arbitraje propuesta en el presente caso debe ser desestimada puesto que no se encuentra en discusión un derecho de carácter disponible por las partes.

4.8. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

77. La Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 señala:

Cuarta.- Establézcase, para los regímenes a cargo de la ONP, los niveles de pensión mínima mensual que se señalan a continuación:

- a) Para pensionistas por derecho propio. Con 20 o más años de aportación :
- | | |
|-------------------------------------|----------|
| . Entre 10 y 19 años de aportación | : S/.160 |
| . Entre 5 y 9 años de aportación | : S/.120 |
| . Con menos de 5 años de aportación | : S/.100 |
- b) Para pensionistas por derecho derivado, se aplicará lo dispuesto por el régimen legal que corresponda, considerando como pensión del causante los montos mínimos señalados en el inciso anterior. Por excepción, en el caso de las pensiones de derecho derivado vigentes a la fecha de publicación de la presente ley se considerará como pensión mínima del causante un monto de : S/.200
- c) Para pensionistas por invalidez : S/. 200

78. Pues bien, cabe señalar que la aplicación de la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no ha sido interpretada de manera correcta por los beneficiarios del Decreto Ley 18846, ya que se iniciaron

procesos de amparo^[37] en los que los demandantes solicitaron el incremento de su pensión vitalicia conforme a los montos de pensiones mínimas establecidos por la disposición referida.

79. Sin embargo, este Tribunal ha señalado que dicha disposición no es aplicable a los beneficiarios del Decreto Ley 18846, debido a que el otorgamiento de las pensiones del Decreto Ley 19990 se encuentra condicionado al cumplimiento de los requisitos legales para su goce (aportes y/o edad) y financiado por las aportaciones del trabajador y del empleador, mientras que el otorgamiento de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846 se encuentra condicionado al grado de incapacidad que produce un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se sustenta en el seguro obligatorio contratado por el empleador.

En este sentido, en la STC 08044-2006-PA/TC se ha precisado que:

(...) las prestaciones se financian con fuentes distintas e independientes y se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes, se concluye que el riesgo de jubilación cubierto por el Sistema Nacional de Pensiones y los otros regímenes previsionales especiales concordantes con éste, es independiente del riesgo de invalidez por incapacidad laboral producida por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, regulada actualmente por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo Obligatorio, al punto tal que no es incompatible percibir simultáneamente una pensión de jubilación del Sistema Nacional de Pensiones y una pensión vitalicia (antes pensión vitalicia) del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

5. § Nuevos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional en materia de protección de riesgos profesionales

80. Este Tribunal, teniendo presente que los criterios desarrollados en los fundamentos 55 a 87 *supra*, en algunos casos son reiterados; en otros contradictorios, y en otros muy amplios, considera necesario racionalizar los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado respecto a la aplicación del Decreto Ley 18846 y de la Ley 26790. Para ello, en algunos casos, ha de reiterar la jurisprudencia, y en otros, complementarla y desarrollar nuevos principios.

5.1. § Prescripción de la pensión vitalicia

81. En este punto, se ha de reiterar el criterio establecido en la STC 0141-2005-PA, en la que este Tribunal señaló que el plazo de prescripción del artículo 13º del Decreto Ley 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión

vitalicia al ser una disposición que limita el acceso progresivo a las prestaciones de seguridad social resulta incompatible con el artículo 101º de la Constitución Política de 1979, el artículo 9º del PIDECS y los artículos 10º y 11º de la Constitución de 1993, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.

82. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979, la Administración no deberá rechazar el otorgamiento de la pensión vitalicia por incapacidad laboral (antes renta vitalicia), amparándose en el vencimiento de plazos de prescripción del artículo 13º del Decreto Ley 18846.
83. Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 63 *supra*, y señala como regla que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

5.2. § Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

84. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley 18846, debe señalarse que el SATEP protegía a todos los trabajadores obreros estables o eventuales de la actividad privada, de las empresas de propiedad social y del sector público, no comprendidos en el Decreto Ley 11377, así como a los pescadores, debido a que la Caja Nacional del Seguro Social Obrero asumió exclusivamente la cobertura del SATEP.
85. Sin embargo, ello no significa que los trabajadores empleados se hayan encontrado desprotegidos por el acaecimiento de accidentes de trabajo o por el padecimiento de enfermedades profesionales, ni que algunos trabajadores empleados se encuentren protegidos por el SATEP.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 66 y 67 *supra*, y señala como regla que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

86. Asimismo, también debe señalarse como regla que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo

centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo 011-74-TR.

87. Finalmente, resulta conveniente precisar que la Ley 26790 y el Decreto Supremo 009-97-SA consideran como asegurados obligatorios o regulares del SCTR a la totalidad de los trabajadores (obreros y empleados) del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo previstas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, así como todos los demás trabajadores de la empresa que, no perteneciendo a dicho centro de trabajo, se encuentren regularmente expuestos al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional por razón de sus funciones.

5.3. § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

88. En el caso de la calificación de pensiones de invalidez conforme a lo establecido por el artículo 26° del Decreto Ley 19990, es la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de los establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o de las Entidades Prestadoras de Salud o de EsSalud, el órgano competente para realizar la evaluación médica y establecer mediante un dictamen la incapacidad laboral del posible beneficiario. Esta forma en que opera el reconocimiento de las pensiones de invalidez en el Sistema Nacional de Pensiones es aplicable, *mutatis mutandi*, a las pensiones de invalidez por enfermedad profesional del Decreto Ley 18846, cuya regulación primigenia establecía que la renta se encontraba sujeta a la declaración de incapacidad practicada por una Comisión Evaluadora de Incapacidades^[38]. Tal circunstancia, evidencia que en un contexto de adecuado funcionamiento de las instituciones, organismos y dependencias estatales, la evaluación médica debería ser practicada por el órgano llamado por ley, sin que el juzgador o el justiciable tenga que verse obligado a acudir a mecanismos alternos que en la práctica no han funcionado y han convertido el derecho a la pensión en impracticable.
89. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional establece como regla nueva que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un

examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

Ello no quiere decir que los exámenes médicos ocupacionales, certificados médicos o dictámenes médicos expedidos por los *entes públicos competentes no colegiados* no tengan plena eficacia probatoria, sino que en los procesos de amparo ya no constituyen el medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar el padecimiento de una enfermedad profesional o el incremento del grado de incapacidad laboral, por lo que, de ser el caso, pueden ser utilizados como medios probatorios en los procesos contencioso-administrativos, en los que existe una estación probatoria en la que se puede dilucidar ampliamente la idoneidad del documento médico.

5.4. § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

90. Como se ha señalado en los fundamentos 76 a 78 *supra*, el Tribunal Constitucional^[39] abordó esta problemática cuando desarrolló el criterio de los dos presupuestos legales para la aplicación del plazo prescriptorio del artículo 13° del Decreto Ley 18846. Así, en un primer momento, se consideró que bajo ningún supuesto resulta compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración. Posteriormente, este Tribunal ha considerado que bajo ningún supuesto resulta incompatible percibir pensión vitalicia y remuneración, debido a que la naturaleza de ambas prestaciones son distintas.
91. Por lo tanto, teniéndose presente que en la jurisprudencia constitucional se han desarrollado dos criterios contradictorios respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de una pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal considera necesario establecer los criterios vinculantes respecto de si es o no compatible la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración. Además, debe tenerse presente que el Decreto Ley 18846 se encuentra derogado por la Ley 26790, por lo que también se analizará si resulta compatible o no la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración.

92. Sobre el particular, debe señalarse que ni el Decreto Ley 18846 ni el Decreto Supremo 002-72-TR han establecido de manera expresa la prohibición de que un asegurado pueda percibir simultáneamente pensión vitalicia y remuneración, lo cual haría suponer, en principio, que es compatible percibir simultáneamente ambas prestaciones económicas.
93. Sin embargo, dicha afirmación debe entenderse a partir de una lectura conjunta de los artículos 40° a 44° del Decreto Supremo 002-72-TR, dispositivos de los cuales se desprende que el asegurado que padezca o haya sido declarado con *gran incapacidad* se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo, debido a que requiere del cuidado permanente de otra persona para efectuar los actos ordinarios de su vida. Asimismo, de los artículos referidos también se infiere que el asegurado que padezca o haya sido declarado con incapacidad permanente total se encuentra impedido de realizar cualquier tipo de trabajo.
94. Por otro lado, debe precisarse que de una lectura conjunta de los artículos referidos no se infiere que exista incompatibilidad de percibir una pensión vitalicia y remuneración en el caso de los asegurados que padezcan o hayan sido declarados con incapacidad permanente parcial, por cuanto el grado de incapacidad afecta parcialmente su desempeño laboral. Es más, esta compatibilidad en el caso de la incapacidad permanente parcial se encontraría confirmada con lo dispuesto por el artículo 71° del Decreto Supremo 002-72-TR, que señala que cuando a criterio médico se requiera para la curación o para evitar daños y secuelas mayores la supresión de la exposición a los agentes causantes, el empleador reubicará al trabajador en otras faenas donde no esté expuesto al agente causante de la enfermedad.
95. Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.
96. En cuanto a la percepción simultánea de remuneración y pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA, debe señalarse que estas normas no establecen de manera expresa que exista incompatibilidad

- de percepción de ambas prestaciones económicas. Sin embargo, al igual que en el tratamiento anterior, de una lectura conjunta del artículo 18° del Decreto Supremo 003-98-SA se desprende que en algunos supuestos resulta incompatible que un asegurado perciba pensión de invalidez y remuneración. En este sentido, el artículo 18.2.2 del Decreto Supremo 003-98-SA establece que:
- (...) EL ASEGURADO calificado en condición de Invalidez Total Permanente quedará definitivamente incapacitado para realizar cualquier clase de trabajo remunerado (...)
97. Por otro lado, en el caso de los asegurados que padecen de invalidez parcial permanente, debe precisarse que ni la Ley 26790 ni el Decreto Supremo 003-98-SA establecen de manera expresa o implícita que exista incompatibilidad para percibir simultáneamente pensión de invalidez y remuneración. Ello debido a que la invalidez parcial permanente disminuye la capacidad de trabajo en una proporción igual o superior al 50% pero inferior al 66%. Es más el artículo 8.° del Decreto Supremo 003-98-SA prevé la posibilidad de que EsSalud, las EPS, la ONP y las Compañías de Seguros puedan:
- (...) exigir un examen médico y/o declaración de salud previas a la celebración del contrato correspondiente, únicamente para delimitar la cobertura correspondiente a los trabajadores que ostenten una condición de invalidez previa al seguro.
98. Por lo tanto, de los argumentos expuestos en los fundamentos precedentes puede concluirse que las reglas son:
- Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.
99. Habiéndose determinado en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración, este Tribunal Constitucional considera necesario precisar qué sucede con la situación laboral del trabajador que padece de incapacidad o invalidez permanente parcial, es decir, si debe continuar o no en el mismo puesto de trabajo.

100. A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin la rebaja de la remuneración. Dicha obligación tiene como fundamento el deber especial de protección de los derechos fundamentales que se encuentra constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es más, este deber especial de protección goza de una tutela reforzada en el caso de los trabajadores, ya que según el artículo 23.º de la Constitución ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Asimismo, debe precisarse que a los trabajadores que padezcan de invalidez permanente parcial, cuando se les incrementa el grado de incapacidad en permanente total o gran incapacidad, les son aplicables los supuestos de incompatibilidad señalados en los apartados a) y b) del fundamento 106 *supra*.

101. Finalmente, resulta conveniente precisar que un asegurado que percibe pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 no puede pretender percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790.

En tal sentido, este Tribunal establece como regla nueva que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

5.5. § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

102. La exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y las labores desempeñadas deriva de la propia definición de

enfermedad profesional realizada por la legislación. Así, en el artículo 3º del Decreto Supremo 003-98-SA se define la enfermedad profesional como:

(...) todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.

103. En términos similares, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC ha precisado que por enfermedad profesional “se entiende aquella contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral, y que causa incapacidad para realizar las tareas habituales del trabajo.”

104. Por lo tanto, podemos definir las enfermedades profesionales como aquellos estados patológicos permanentes o temporales que sobrevienen a consecuencia directa del desempeño de una determinada actividad, profesión u oficio o del ambiente en que labora el trabajador habitualmente, y que pueden ocasionar una incapacidad temporal, permanente o la muerte.

105. Consecuentemente para determinar si una enfermedad es producto de la actividad laboral se requiere identificar una relación causa-efecto entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, puesto que toda enfermedad profesional genera una lesión a la salud del trabajador o acaba con su vida.

106. Teniendo en cuenta esta relación de causa-efecto, este Tribunal ha considerado que la silicosis en el caso de los trabajadores mineros es una enfermedad profesional, debido a que están expuestos al polvo de sílice; además, porque en los centros de producción minera inhalan polvos inorgánicos, orgánicos, irritantes, humos, gases y sustancias tóxicas, que afectan indefectiblemente sus pulmones causándoles enfermedades respiratorias y/o pulmonares de origen profesional, como la silicosis, la antracosis y la asbestosis.

107. Por lo tanto, la regla es que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

108. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que es causada por la exposición repetida al ruido, puede ser una enfermedad de origen común o de origen profesional.

Por ello, el Tribunal Constitucional ratifica el criterio expuesto en el fundamento 81 *supra*, y señala como regla que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

En tal sentido, debe señalarse que los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

5.6. § La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

109. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar su jurisprudencia, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, porque: a) no están comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley 19990 los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley 18846; y, b) la principal fuente de financiamiento del régimen del Decreto Ley 19990 son las aportaciones del trabajador y del empleador; mientras que la principal fuente del Decreto Ley 18846 fueron las aportaciones del empleador que se efectúan mediante el SATEP.

110. Por lo tanto, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en el fundamento 87 *supra*, y señala como regla que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

5.7. § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

111. Respecto a la excepción de arbitraje o de convenio arbitral, debe señalarse que ésta resulta inexigible en los procesos que tengan por finalidad la tutela

del derecho fundamental a la salud y a la pensión como componentes de la seguridad social, dado su carácter de derecho indisponible para las partes.

En este sentido, el Tribunal ratifica el criterio expuesto en los fundamentos 83 y 84 *supra*, y señala como regla que: 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, 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.

112. Por otro lado, este Tribunal considera que 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 2º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9º 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.

Asimismo, debe señalarse que el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales, y por ello debe descartarse la excepción de arbitraje. Por otra parte, también debe tenerse presente que, iniciado un proceso de amparo por tutela urgente y efectiva, declarar fundada la excepción de arbitraje conllevaría alargar la solución de un conflicto, lo que podría significar que, cuando este concluya, sea demasiado tarde para el recurrente, pues la neumoconiosis es una enfermedad sin cura hasta el momento (enfermedad degenerativa, irreversible y mortal). Por otra parte, el elevadísimo costo que significa para el demandante la jurisdicción arbitral hace casi imposible la defensa de su derecho fundamental frente a las poderosas compañías mineras y aseguradoras; el amparo es gratuito y sólo así se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el principio de socialización

del derecho, previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

5.8. § Responsabilidad del Estado en el SCTR

113. En el diseño del SCTR el empleador que desarrolla actividades de riesgo es el responsable de las consecuencias que produzcan los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, y debido a ello se encuentra obligado a contratar la cobertura de salud y de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo. La cobertura de salud puede ser contratada con EsSalud o con una EPS. Por su parte, la cobertura de invalidez y sepelio por trabajo de riesgo puede ser contratada con la ONP o una empresa de seguro debidamente acreditada. En dicho contexto, y teniendo en cuenta el artículo 11º de la Constitución, la garantía estatal de libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones debe cumplirse de manera efectiva. Tal situación implica un funcionamiento eficiente de las entidades encargadas de otorgar las prestaciones, a fin de garantizar un acceso real. Claro está teniendo como marco los requisitos previstos legalmente. De nada vale que el Estado diseñe un mecanismo para la protección de riesgos profesionales y delegue en privados el acceso a un derecho fundamental, pensión o protección a la salud, si la estructura legislativa no permite el goce efectivo del derecho.
114. En orden a lo indicado, se han previsto diversas acciones por parte del Estado para hacer efectiva la protección de los riesgos profesionales. Es importante advertir que estas actividades no solo se ponen de manifiesto al acaecer el riesgo sino que comprenden acciones preventivas. En efecto, el artículo 87º del Decreto Supremo 009-97-SA establece que las entidades empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo deben inscribirse en el registro que administra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en quien recae el deber de supervisar la obligación de contratar el SCTR y la aplicación de sanciones administrativas.
115. Asimismo, ante el incumplimiento de la inscripción en el registro u otras obligaciones de cargo de la entidad empleadora, como la contratación del seguro para la totalidad de los trabajadores o de un seguro con cobertura insuficiente, el Estado asume un rol activo y no solamente de supervisión frente a la ineficacia de la protección de riesgos, estableciendo que la ONP y EsSalud deben otorgar las prestaciones que les correspondan, materializándose la responsabilidad del empleador en el derecho de repetición que tienen las entidades, a fin de recuperar el costo de las prestaciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios por los daños y perjuicios irrogados.^[40]

116. Si bien este Tribunal Constitucional considera que es importante el papel que asume el Estado en la protección del derecho fundamental al intervenir ante la posible desprotección del trabajador, debe mencionar que la cobertura supletoria que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones de invalidez por riesgos profesionales^[41], solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad se encuentre inscrita. Tal situación no se condice con la protección amplia que se plantea legislativamente, pues justamente es deber del Estado hacer eficaz el derecho fundamental, finalidad que no se cumple exigiendo la inscripción del empleador en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo para que opere la cobertura supletoria dado que para ello se ha previsto un mecanismo de control que está a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT).
117. En la misma línea, debe observarse que de manera supletoria solo se brindará el acceso a la pensión de invalidez total permanente y la pensión de sobrevivencia, lo que si bien obedece al diseño legislativo y puede ser reclamado en vía de acción directa al empleador, significa que los trabajadores no podrán acceder a la cobertura por invalidez temporal e invalidez parcial permanente por una situación imputable, en estricto, a la entidad empleadora.
118. Lo expuesto obliga a este Tribunal a poner en consideración del Congreso los vacíos normativos que presenta el artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA, puesto que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente; por ello debería ampliarse los supuestos en los que opere la cobertura supletoria de la ONP.
119. No obstante ello, y teniendo presente que el inciso 8 del artículo 139º de la Constitución impone a los jueces el mandato constitucional de "(...) no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley", este Tribunal mediante la presente sentencia ha de integrar el vacío normativo del artículo 88º del Decreto Supremo 009-97-SA. Ello debido a que la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar los derechos a la salud, a la vida y al bienestar de las personas que padezcan una enfermedad profesional.

En este sentido, la regla es que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88º del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

6. § El papel del Estado en la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la actividad minera

120. Siendo la industria minera una actividad de alto riesgo para la vida y la salud, este Tribunal estima necesario destacar las funciones preventivas que legislativamente se les han asignado a los diversos órganos del Estado para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, lo que constituye un imperativo por mandato del artículo 59º de la Constitución: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”.

6.1. § El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)

121. El MTPE es el organismo rector de la administración del trabajo, de la promoción del empleo y de la previsión social. Tiene entre sus funciones las de definir, formular, evaluar y supervisar la política nacional sobre desarrollo sociolaboral del Estado en materia laboral, remuneraciones y productividad, higiene y seguridad ocupacional, empleo y formación profesional, y bienestar y seguridad social. En efecto, el MTPE tiene la responsabilidad de dictar normas de prevención y protección contra riesgos profesionales que aseguren la salud y vida de los trabajadores y tiendan al mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo.

122. En estos ámbitos establece la normatividad pertinente y ejecuta la política de alcance nacional y general, lo que incluye al sector minero. En efecto, la Subdirección de Inspección en Seguridad y Salud en el Trabajo debe realizar investigaciones y estudios sobre condiciones y medio ambiente de trabajo, en todas las actividades económicas, con el objeto de perfeccionar o modificar las normas de higiene y seguridad ocupacional y de otros riesgos que afecten la salud física, mental y social del trabajador. Asimismo, la Subdirección referida es la encargada de aprobar el reglamento interno de higiene y seguridad industrial, así como su modificación.

123. Por ello, el MTPE, además de sus funciones normativas, tiene el deber de prevención de las condiciones, medio ambiente, seguridad y salud del trabajo. También ostenta la función fiscalizadora de la legislación laboral mediante la inspección de trabajo. De esta manera, el MTPE, al fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a la higiene, seguridad y salud en el trabajo, previene que no se ocasionen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o que su incidencia disminuya.

124. Mediante la Resolución Ministerial 090-97-TR, publicada el 1 de noviembre de 1997, se creó el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo, a cargo de la Subdirección de Registros Generales y Pericias o dependencia que haga sus veces en el MTPE. Por lo tanto, los inspectores de trabajo tienen la obligación de verificar que los empleadores que desarrollen actividades consideradas riesgosas se encuentren inscritos como entidad de alto riesgo ante la AAT del lugar en donde desarrollen sus labores.

6.2. § El Ministerio de Energía y Minas (MEM), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN) y la legislación sectorial minera

125. Entre las primeras normas sobre seguridad y salud en el trabajo se encuentran las mineras. Así, tenemos el Decreto Supremo del 26 de agosto de 1910, que estableció los métodos de protección, de observancia obligatoria, en las explotaciones carboníferas. Asimismo, mediante el Decreto Supremo del 8 de febrero de 1924, se estableció que las empresas o personas dedicadas a la actividad minera deberán dar aviso a las delegaciones mineras, de inmediato, de todo accidente que ocasione la inhabilitación de un operario o empleado por más de un día de labor, lo cual guarda relación con la dinámica de la actividad minera y lo riesgoso de la misma.

126. Por lo tanto, la seguridad y la salud en el trabajo minero se encuentran reguladas por una legislación sectorial específica y especializada, que se debe a la propia naturaleza de la actividad minera. En tal sentido, hemos de señalar las principales normas que guardan relación con la seguridad y la salud en el trabajo minero, y los organismos competentes que se encargan de fiscalizar su cumplimiento.

127. Así, la Ley General de Minería (LGM), en su capítulo sobre bienestar y seguridad (artículos 209º a 213º), ha establecido las disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. En su artículo 209º se establece que las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas en la ley y las disposiciones reglamentarias. Por su parte, su artículo 210.º establece que los trabajadores están obligados a observar rigurosamente las medidas preventivas y las disposiciones para la seguridad que acuerden las autoridades competentes, así como las que establezcan los empleadores.

Asimismo, en su artículo 211° se señala que todos los empleadores están obligados a establecer programas de bienestar, seguridad e higiene, de acuerdo con las actividades que realicen. Anualmente, los empleadores deberán presentar a la Dirección General de Minería del MEM el programa anual de seguridad e higiene minera para el año siguiente.

128. Por su parte, mediante el Decreto Supremo 046-2001-EM se publicó el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, que establece un tratamiento integral de los aspectos de seguridad, salud y bienestar minero, antes dispersos en los reglamentos derogados. Este reglamento tiene como objetivos la prevención en seguridad y salud, la promoción del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene minera aplicando las disposiciones vigentes y los conocimientos técnicos profesionales de la prevención, y la fiscalización integral de seguridad en las operaciones mineras.

En su artículo 24° se establecen como obligaciones generales del titular de la actividad minera asumir de manera absoluta los costos relacionados con la seguridad y la higiene minera; formular el programa anual de seguridad e higiene minera; implementar la capacitación; llevar las estadísticas de los accidentes de trabajo.

Según el artículo 35° del Reglamento, los trabajadores víctimas de accidentes profesionales tendrán derecho a las siguientes prestaciones: primeros auxilios, que serán proporcionados por el titular; atención médica y quirúrgica general o especializada; asistencia hospitalaria y de farmacia; rehabilitación, recibiendo, cuando sea necesario, los aparatos de prótesis o de corrección, o su renovación por desgaste natural, no procediendo sustituir aquéllos por dinero; y reeducación ocupacional.

Finalmente, debe resaltarse que los artículos 165.º y 166.º del Reglamento establecen que todos los trabajadores dependientes del titular de la actividad minera se someterán, por cuenta del mismo, a los exámenes médicos ocupacionales, de control anual y de retiro, siendo éste último requisito indispensable que debe cumplirse para documentar el estado de salud en que queda el trabajador al cesar el vínculo laboral.

129. Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 165º y 166º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, este Tribunal considera establecer como regla que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión

manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Ello debido a que el artículo 24.3 del Decreto Supremo 003-98-SA ha establecido que dentro de los riesgos asegurados las únicas exclusiones de cobertura que pueden pactarse son: “a) invalidez configurada antes del inicio de vigencia del seguro”. De manera que no se puede asegurar a un trabajador que se encuentra inválido, pues dependiendo de su grado de incapacidad éste tiene derecho a una pensión de invalidez y/o a su reubicación en otro puesto de trabajo. Por lo tanto, este Tribunal considera que la ONP y las compañías aseguradoras al momento de contratar el SCTR deberán exigirle al empleador las evaluaciones médicas que les impone la ley, o tomarlas por cuenta propia. Están en la obligación, no sólo por mandato de la ley, sino por simple sentido empresarial, ya que el lucro y las utilidades no son posibles con una alta siniestralidad, cuando se trata de las aseguradoras; y un celo en el uso racional del gasto público, cuando se trata de la ONP.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

VERGARA GOTELLI

ÁLVAREZ MIRANDA

-
- [1] STC 02945-2003-AA/TC, Fundamento 11.
[2] STC 02002-2006-PC/TC.
[3] SSTC 02349-2005-PA/TC y 01776-2004-AA/TC.
[4] STC 0011-2002-AA/TC, Fundamento 14.
[5] [5] STC 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC y 0009-2005-AI/TC (acumulados), Fundamento 54.
[6] *Ibidem*, Fundamento 55.
[7] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 6.
[8] STC 05854-2005-PA/TC, Fundamento 23.
[9] *Vid.* Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Párrafo 71.
[10] *Vid.* STC 0047-2004-AI, Fundamento 61.

- [11] STC 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC, Fundamentos 25 y 26.
 [12] STC 02349-2005-PA/TC, Fundamento 7.
 [13] Ratificado por el Perú en 1961.
 [14] Artículo 47. El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.
 Artículo 56. El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares
 [15] Publicado el 30 de abril de 1973.
 [16] Publicado el 27 de febrero de 1974.
 [17] Publicado el 28 de marzo de 1979.
 [18] Publicada el 17 de mayo de 1997.
 [19] STC 0048-2004-AI/TC, Fundamento 12.
 [20] STC 03208-2004-AA/TC, Fundamento 6.
 [21] SSTC 2945-2003-AA/TC, 2016-2003-AA/TC, 1956-2004-AA/TC y 3208-2004-AA/TC.
 [22] STC 3208-2004-AA/TC, Fundamento 7.
 [23] Aprobado por Decreto Ley 22129, publicado el 29 de marzo de 1978.
 [24] SSTC 0773-2002-AA/TC y 0774-2002-AA/TC.
 [25] SSTC 1340-2002-AA/TC, 1404-2002-AA/TC, 3205-2004-AA/TC y 0066-2005-AA/TC.
 [26] SSTC 0577-2004-AA/TC, 01693-2004-AA/TC, 01388-2005-PA/TC, 01602-2005-PA/TC y 04502-2005-PA/TC, entre otras.
 [27] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 6. Ver además SSTC 01459-2002-AA/TC, 02540-2002-AA/TC y 00646-2003-AA/TC.
 [28] STC 00268-2000-AA/TC, Fundamento 7.
 [29] SSTC 0516-2002-AA/TC, 2215-2002-AA/TC y 0082-2003-AA/TC.
 [30] STC 03205-2004-AA/TC, Fundamento 4.
 [31] STC 01008-2004-AA/TC.
 [32] SSTC 01345-2005-PA/TC, 01749-2005-PA/TC y 01778-2005-PA/TC.
 [33] SSTC 02798-2005-PA/TC, 04725-2005-PA/TC, 06254-2005-PA/TC, 05249-2006-PA/TC, 05846-2006-PA/TC, 07694-2006-PA/TC, 09117-2006-PA/TC y 10691-2006-PA/TC, entre otras.
 [34] STC 01693-2004-AA/TC, fundamento 7.b.
 [35] STC 0548-2004-AA/TC, fundamento 3.
 [36] SSTC 03639-2004-AA/TC, 00549-2005-PA/TC, 01390-2005-PA/TC, 02692-2005-PA/TC, 03697-2005-PA/TC, 04513-2005-PA/TC y 08390-2005-PA/TC, entre otras.
 [37] SSTC 04041-2006-PA/TC, 08044-2006-PA/TC y 07260-2006-PA/TC.
 [38] Artículo 41.º del Decreto Supremo 002-72-TR, reglamento del Decreto Ley 18846.
 [39] STC 01693-2004-AA/TC, Fundamento 7.b.
 [40] Artículo 88.º del Decreto Supremo 009-97-SA.
 [41] *Ibidem.*

25. SJCC N° 0061-2008-PA, CASO RÍMAC INTERNACIONAL

Nro. de STC	0061-2008-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros
Demandado	- Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica- Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica
Fecha de Publicación en la Página Web	8 de mayo del 2008
Fecha de Publicación en El Peruano	23 de Junio del 2008
Fundamentos Vinculantes	12, 15 y 18
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Improcedencia de la excepción de arbitraje o convenio arbitral en un proceso sobre la pensión de invalidez prevista en la Ley 26790 y el Decreto Supremo 3-98-SA –SCTR – (fundamento 12). 2. Requisitos para que el arbitraje voluntario previsto en el artículo 25º del Decreto Supremo N° 3-98-SA sea constitucional (fundamento 15). 3. Fecha de inicio de la contingencia en el caso de la pensión vitalicia prevista en el Decreto Ley 18846 o la pensión de invalidez prevista en la Ley 26790 (fundamento 18).
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	<ol style="list-style-type: none"> 1. La demanda fue un caso de amparo contra amparo. 2. El Tribunal Constitucional contaba con un precedente vinculante previo sobre el SCTR (Cfr. STC 10087-2005-PA). 3. El precedente establecido en el fundamento 12 es igual al precedente previsto en el fundamento 26 de la STC 100087-2005-PA.

EXP N° 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° 26790 y sus normas complementarias.

Sostiene que con las sentencias emitidas en el anterior proceso de amparo, recaídas en el Exp. N° 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° del Decreto Supremo N° 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° 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° 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° 26790 y sus normas complementarias y conexas.
 - b) La Resolución N° 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. 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. 9º del D.S. N° 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 9º del Decreto Supremo N° 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° 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° 003-98-SA. Así, en su artículo 9º 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° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 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 25º 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° 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° 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 9º del Decreto Supremo N° 003-98-SA

10. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo N° 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 2º, inciso 24, literal a de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9º 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 9º del Decreto Supremo N° 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° 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 9º del Decreto Supremo N° 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 9º del Decreto Supremo N° 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 25º del Decreto Supremo N° 003-98-SA

13. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9º, el previsto en el artículo 25º 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 25º del Decreto Supremo N° 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 el.

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 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:** 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° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N° 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**

**EXP. N° 00061-2008-PA/TC
LIMA
RÍMAC INTERNACIONAL
COMPAÑÍA DE SEGUROS
Y REASEGUROS S.A.**

**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 petitorio 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 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 este 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 a 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**

26. STC N° 5430-2006-PA CASO ALFREDO DE LA CRUZ CURASMA

Nro. de STC	5430-2006-PA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Alfredo DE LA CRUZ CURASMA
Demandado	ONP
Fecha de Publicación en la Página Web	10 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en El Peruano	Pendiente de Publicación.
Fundamentos Vinculantes	13,14 y 15
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Procedencia de la Demanda de Amparo respecto a pensiones devengadas, reintegros e intereses 2. Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses 3. Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía 4. Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes 5. Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente 6. Afectación del derecho de igualdad 7. Procedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses.

	8. Improcedencia del recurso de agravio constitucional para el reconocimiento de devengados e intereses. 9. Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	En esta sentencia se precisan los precedentes vinculantes contenidos en los fundamentos N° 15.d de la STC 2877-2005-PA (caso Sánchez-Lagomarcino Ramirez) y N° 37.g de la STC 1417-2005-PA (caso Anicama Hernandez).

EXP. N° 05430-2006-PA/TC
LIMA
ALFREDO DE LA CRUZ
CURASMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumot Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alfredo De La Cruz Curasma contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 109, su fecha 16 de marzo de 2006, que declara fundada en parte la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de setiembre de 2004 el recurrente solicita que se declare inaplicable la Resolución 0000049744-2004-ONP/DC/DL 19990, de fecha 13 de julio de 2004, y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009. Asimismo solicita el reintegro de los montos dejados de percibir, por haberse denegado el reconocimiento de su derecho pensionario.

La emplazada contesta la demanda alegando que el recurrente no ha acreditado las aportaciones efectuadas al Sistema Nacional de Pensiones, para lo cual se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 23 de junio de 2005, declara improcedente la demanda, considerando que para afianzar la validez del certificado de trabajo presentado se debió acompañar los documentos detallados en el reglamento del Decreto Ley 19990.

La recurrida, revocando la apelada, declara fundada en parte la demanda ordenando el reconocimiento de las aportaciones efectuadas en los años 1956 y 1957, e improcedente el reconocimiento de las realizadas en el periodo 1958-1968, considerando que el amparo no es la vía idónea para ello por carecer de etapa probatoria.

FUNDAMENTOS**§ Procedencia de la demanda**

1. En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho.

§ Delimitación del petitorio

2. En el presente caso el recurrente demanda el reconocimiento de la pensión de jubilación minera conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley 25009. En consecuencia la pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.
3. En sede judicial se ha determinado la validez de las aportaciones efectuadas durante el periodo 1956-1957 por un total de 1 año y 5 meses, y se ha desestimado el reconocimiento de las aportaciones realizadas durante el periodo 1958-1968.
4. Por tanto este Tribunal se pronunciará respecto a las aportaciones no reconocidas durante el periodo 1958-1968, para determinar si con éstas el demandante alcanza el mínimo de años de aportaciones requerido para acceder a la pensión reclamada.

§ Devengados e intereses

5. Antes del análisis de la controversia, este Colegiado considera necesario pronunciarse sobre el precedente vinculante establecido en el fundamento 15 del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio de 2006.
6. En el referido precedente vinculante se desarrollan los supuestos de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional (RAC), además de los formales que se indican en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional.
7. En el literal d) del fundamento 15 se aborda el tema del “pago de accesorios”, detallándose algunos casos en los que los demandantes acuden al amparo para cuestionar exclusivamente pagos accesorios a la pensión o presentan un RAC con esta única finalidad, supuestos en los que este Tribunal declaraba fundada las pretensiones.

8. Al respecto tomando como referencia lo dispuesto en el fundamento 37.g, sobre reajustes pensionarios, del Caso Anicama (STC 1417-2005-AA), en el párrafo final del fundamento 15 inciso d) se establece como precedente vinculante, lo siguiente:

(...) 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 (subrayado agregado).

9. Posteriormente, el 13 de setiembre de 2007, se publica en el diario oficial *El Peruano* el Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad (STC 4853-2004-PA), estableciéndose como precedente vinculante la procedencia del RAC a favor de los precedentes vinculantes dictados por este Tribunal conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
10. A partir del precedente vinculante referido en el párrafo que antecede, la Oficina de Normalización Previsional ha interpuesto RACs cuando en sede judicial se ha estimado el pago de accesorios junto con la pretensión principal, y por su lado los demandantes han hecho lo propio cuando no se ha estimado o se ha omitido el pronunciamiento sobre el pago de accesorios en los casos que han logrado pronunciamiento favorable respecto de la pretensión principal.
11. Así las cosas este Colegiado advierte, luego de la revisión de su propia jurisprudencia en la materia, que resulta necesario replantear su precedente sobre el pago de accesorios con la finalidad de que los jueces constitucionales emitan pronunciamientos uniformes respecto de este tema.
12. En consecuencia por la naturaleza restitutoria del amparo, este Tribunal considera que, verificada la vulneración del derecho fundamental a la pensión, corresponde ordenar la subsanación de tal vulneración desde la fecha en que se produjo, con el consiguiente reintegro económico de lo dejado de percibir por concepto de pensiones.
13. Por lo manifestado en el párrafo que antecede este Tribunal, en ejercicio de su función ordenadora y pacificadora, conviene en precisar el precedente que determinó la improcedencia en la vía constitucional de las pretensiones sobre pago de intereses y derivados (STC 2877-2005-HC fundamento 15.d), en los términos que a continuación se indican:

Procederá demandar en la vía constitucional el pago de las pensiones devengadas, reintegros e intereses, siempre y cuando la pretensión principal

esté vinculada directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido – delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA).

§ Precedentes constitucionales vinculantes

14. En consecuencia, en ejercicio de las funciones conferidas a este Colegiado, se establecen las siguientes reglas:

Precedente vinculante 1: Reglas de procedencia para demandar el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses

- a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 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 la pretensión se ubique dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión –*acceso o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido*– delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), se observarán las siguientes reglas:

Regla sustancial 1 : Reconocimiento de la pensión de jubilación o cesantía

Quien se considere **titular** de una pensión de jubilación o invalidez de cualquiera de los regímenes previsionales existentes, podrá recurrir al amparo para demandar el **reconocimiento** de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 2 : Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

Quien se considere **titular** de una pensión de **sobrevivientes** (viudez, orfandad o ascendientes) de cualquier régimen previsional, podrá recurrir al amparo para demandar el reconocimiento de la pensión, el consiguiente pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 3 : Afectación al mínimo legal o necesidad de tutela urgente

Los **titulares** de una pensión de jubilación, invalidez o sobrevivientes de cualquier régimen previsional, podrán interponer un amparo, cuando se acredite una **afectación al derecho al mínimo vital o la necesidad de tutela urgente**, en los términos del fundamento 37.c) del Caso Anicama, y solicitar la restitución de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros), derivados de su pensión, y los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil. De estimarse la pretensión, el juez constitucional deberá ordenar el pago de los referidos montos dejados de percibir y los intereses, y de no haberse demandado, de oficio, en aplicación del principio *iuria novit curia*, se deberá ordenar el pago de dichos conceptos, considerando la naturaleza restitutoria del amparo; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 4 : Afectación del derecho a la igualdad

Se procederá de la misma forma señalada en las reglas que anteceden, en los casos que se demande la afectación del derecho a la igualdad en los términos del fundamento 37.e) del Caso Anicama.

Regla sustancial 5 : Procedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

Cuando en **sede judicial** se haya estimado una pretensión vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión *acceso*

o reconocimiento, afectación del derecho al mínimo vital, tutela de urgencia o afectación del derecho a la igualdad con referente válido— delimitado por este Tribunal en el fundamento 37 del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA) y **no se hubiere ordenado** el pago de los montos dejados de percibir (devengados y reintegros) y/o los intereses generados conforme a la tasa establecida en el artículo 1246 del Código Civil, este Tribunal, en atención al principio de economía procesal previsto en el artículo III del Código Procesal Constitucional, conocerá el RAC para ordenar su pago; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Regla sustancial 6 : Improcedencia del RAC para el reconocimiento de devengados e intereses

El Tribunal no admitirá el RAC sobre pensiones devengadas, reintegros e intereses cuando verifique que el demandante no es el titular del derecho o que la pretensión no está directamente vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

Precedente vinculante 2: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

- a. **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201 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:** El criterio vinculante establecido en el Precedente 1 de esta sentencia será de aplicación inmediata desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, precisándose que no están incluidos aquellos que se encuentren en etapa de ejecución.

15. Asimismo, toda vez que el precedente referido en el fundamento 13 que antecede se relacionó con el fundamento 37.g) del Caso Anicama (STC 1417-2005-PA), este Colegiado considera oportuno precisar que en esta disposición, a diferencia de las otros supuestos del fundamento 37, se ha señalado *prima facie* qué pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión.

16. Consiguientemente, si bien el amparo no es la vía para reclamar montos dinerarios y/o reajustes (devengados o reintegros), para determinar la procedencia de estas pretensiones accesorias se deberá tener en consideración si se está ante un caso de afectación del mínimo vital o de tutela urgente, en cuyo caso se habrá de analizar el fondo de la cuestión controvertida (pretensión principal) por encontrarse esta comprendida en el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, tal como viene haciendo este Tribunal a partir del precedente establecido en el Caso Anicama.

§ Análisis de la controversia de autos

17. Los artículos 1 y 2 de la Ley 25009, de jubilación minera, preceptúan que la edad de jubilación de los trabajadores mineros será de 45 años de edad cuando laboren en minas subterráneas, siempre que hubieren acreditado 20 años de aportaciones, de los cuales 10 años deberán corresponder a trabajo efectivo prestado en dicha modalidad.
18. Respecto a la edad de jubilación, de la copia del Documento Nacional de Identidad, de fojas 10, se desprende que el actor cumplió la edad mínima para tener derecho a percibir una pensión de jubilación minera en la modalidad de mina subterránea (45 años) el 13 de noviembre de 1995.
19. En cuanto a las aportaciones, a fojas 2 y 3 obra la resolución impugnada y el cuadro resumen de aportaciones de los que se evidencia que la demandada no ha reconocido al actor 10 años y 7 meses de aportaciones efectuadas durante el periodo 1958-1968, por considerar que no han sido fehacientemente acreditadas.
20. Respecto de las aportaciones de los asegurados obligatorios, los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N° 19990 establecen, respectivamente, que “Los empleadores (...) están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios (...)”, y que “Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7° al 13°, aún cuando el empleador (...) no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”. Más aun, el artículo 13° de esta norma dispone que la emplazada se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas. A mayor abundamiento, el inciso d), artículo 7° de la Resolución Suprema N° 306-2001-EF, Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), dispone que la

emplazada debe “Efectuar la verificación, liquidación y fiscalización de derechos pensionarios que sean necesarias para garantizar su otorgamiento con arreglo a Ley”.

21. Para acreditar las aportaciones efectuadas en el periodo 1958-1968, el demandante ha recaudado a fojas 4 un certificado de trabajo original expedido por el Superintendente General de la Corporación Minera Castrovirreyna S.A., en el que consta que laboró en mina subterránea durante 20 años y 4 meses, tiempo en el cual están incluidos los 9 años y 6 meses ya reconocidos.
22. En consecuencia se advierte que el demandante se desempeñó durante 20 años y 4 meses como trabajador minero, con más de 10 años de servicio efectivo en la modalidad de mina subterránea, estableciéndose la fecha de la contingencia el 13 de noviembre de 1995. Por tanto, a la fecha de la presentación de su solicitud cumplía los requisitos (edad, aportes y trabajo en la modalidad) para percibir una pensión de jubilación minera conforme a la Ley 25009.
23. En cuanto al pago de las pensiones devengadas e intereses, habiéndose precisado el ámbito de aplicación del fundamento 15 d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-HC), este Tribunal ordena el pago de las pensiones devengadas conforme a lo establecido en el artículo 81 del Decreto Ley 19990 (desde 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud a la ONP) y el pago de los intereses generados conforme a la tasa establecida por el artículo 1246 del Código Civil.
24. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, la entidad demandada deberá cumplir con abonar los costos del proceso.

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

HA RESUELTO

1. **REVOCAR** la sentencia de autos.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda por vulneración al derecho de acceso a la pensión; en consecuencia, **NULA** la Resolución 49744-2004-ONP/DC DL 19990.
3. Ordenar que la Oficina de Normalización Previsional expida, en el término de 30 días de notificada la presente, la resolución que reconozca el derecho del demandante a percibir pensión de jubilación minera con arreglo a lo dispuesto en la Ley 25009, en concordancia con el Decreto Ley 19990 y demás normas

sustitutorias o complementarias, según los fundamentos de la presente, bajo apercibimiento de pago de una multa acumulativa equivalente a 3 URP por cada día de atraso.

4. Dispone que la emplazada cumpla con establecer el monto de las pensiones devengadas desde los 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud, liquidar los intereses legales generados desde la fecha referida y abonarlos en los términos establecidos en la Ley 28798.
5. Conforme a lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los precedentes vinculantes contenidos en los fundamentos 15.d) del Caso Sánchez-Lagomarcino Ramírez (STC 2877-2005-PA) y 37.g) del Caso Anicama (STC 1417- 2005-PA), quedan precisados tal como se señala en los fundamentos 13 y 15 de la presente.
6. Establecer como precedente vinculante de observancia obligatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en el fundamento 14.
7. Condena a la entidad emplazada al pago de los costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVARÉZ MIRANDA

27. STC N° 4762-2007-AA CASO ALEJANDRO TARAZONA VALVERDE

Nro. de STC	4762-2007-AA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Alejandro TARAZONA VALVERDE
Demandado	ONP
Fecha de Publicación en la Página Web	11 de octubre de 2008
Fecha de Publicación en El Peruano	Pendiente de Publicación.
Fundamentos Vinculantes	26
Contenido del Precedente	1. Reglas para acreditar periodo de aportaciones en el proceso de amparo (fundamento 26): a) El demandante puede adjuntar a su demanda en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de Orcinea, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. b) El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de el, bajo responsabilidad. c) La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste. La carga

	<p>procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de éste, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada. d) En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282.º del Código Procesal Civil. e) Los jueces no solicitarán el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada, como por ejemplo, cuando la ONP no reconoce periodos de aportaciones bajo el argumento de que han perdido validez, o de que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador, entre otros. f) Asimismo, los jueces no solicitarán el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada, como por ejemplo, cuando el demandante no presenta prueba alguna para acreditar periodos de aportaciones, o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas, entre otros.</p>
Fallo	Fundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	—

EXP. N° 04762-2007-PA/TC
SANTA
ALEJANDRO TARAZONA
VALVERDE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alejandro Tarazona Valverde contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 126, su fecha 12 de julio de 2007, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de julio de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), solicitando que se declare inaplicable la Resolución N° 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de mayo de 2005; y que en consecuencia se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley N° 19990, con el abono de las pensiones devengadas y los intereses legales correspondientes.

La emplazada contesta la demanda alegando que el demandante no reúne los requisitos establecidos en el artículo 47° del Decreto Ley N° 19990 para tener derecho a una pensión del régimen especial de jubilación, debido a que no ha nacido antes del 1 de julio de 1931.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Chimbote, con fecha 5 de marzo de 2007, declara fundada en parte la demanda, por considerar que el demandante ha cumplido con acreditar que cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 44° del Decreto Ley N° 19990 para acceder a una pensión de jubilación adelantada.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el demandante pretende acreditar sus años de aportaciones con unos certificados de trabajo que no resultan idóneos para el reconocimiento de años de aportaciones conforme al artículo 54° del Decreto Supremo N° 011-74-TR.

FUNDAMENTOS

1.§ Procedencia de la demanda y delimitación del petitorio

1. En el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento de mérito.
2. El demandante alega que la resolución cuestionada vulnera su derecho fundamental a la pensión, por cuanto no le reconoce sus aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, por lo que solicita que se le reconozca dicho periodo de aportaciones y que se le otorgue pensión de jubilación conforme al artículo 47° del Decreto Ley N° 19990. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, motivo por el cual corresponde analizar el fondo de la cuestión controvertida.
3. Por su parte la ONP aduce que existe la imposibilidad material de acreditar la totalidad de aportaciones efectuadas desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992, por Electro Cerámica Chimbote, debido a que de la revisión de sus planillas solo se ha podido constatar y reconocer las aportaciones de 1971 a 1974, una semana de 1979, y varias semanas entre 1985 y 1992.
4. Delimitados de este modo los términos del debate, este Tribunal Constitucional, dada la recurrencia creciente de este tema, considera conveniente revisar su jurisprudencia respecto a los medios probatorios que permiten acreditar periodos de aportaciones que son considerados por la ONP como años de aportaciones no acreditados, bajo el argumento de que no han sido probados fehacientemente o de que existe la imposibilidad material de acreditarlos.

Ello porque en un gran número de procesos de amparo que tienen por finalidad la tutela del derecho fundamental a la pensión, la controversia se centra en determinar si el demandante cuenta con el periodo de aportaciones que establece la ley para acceder a la pensión solicitada, lo que comporta siempre la necesidad de evaluar la idoneidad, la probidad y la eficacia de los medios probatorios aportados por las partes para poder determinar si efectivamente el demandante cumple o no con los años de aportaciones, ya que el derecho fundamental a la pensión es de configuración legal.

5. Además, debe tenerse presente que el derecho fundamental a la pensión tiene naturaleza de derecho social, que como tal impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas con la finalidad de subvenir las necesidades mínimas y vitales de los pensionistas para permitirles alcanzar y satisfacer adecuadamente el ejercicio del derecho a una vida digna.

Para este efecto, se abordarán los siguientes temas:

- a. La prueba en los procesos constitucionales y la ausencia de etapa probatoria
- b. ¿Quién es responsable en la retención y pago de la aportación?
- c. ¿Cómo se prueban los periodos de aportación?
- d. Reglas para probar periodos de aportaciones

2.§ La prueba en los procesos constitucionales

6. La prueba en los procesos constitucionales, como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento, se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones que, para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación), resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión.
7. Así, en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable.

Ello con la finalidad de que el Juez en la sentencia, cuando sea estimativa, pueda ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, o disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y cuando sea desestimativa, pueda condenar al demandante al pago de costas y costos en caso de que su actuación haya sido manifiestamente temeraria.

8. En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice.

2.1§ La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales

9. Conforme al artículo 9º del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.
10. La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en el no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino solo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa.
11. De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado como lesivo, pues, en tanto *vía de tutela urgente*, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta.

12. Por ello es que, en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo.

3.§ La responsabilidad en la retención y pago de las aportaciones

13. En cuanto a la responsabilidad de la retención y pago de aportación, debe destacarse que el Decreto Ley N° 19990 parte de la premisa de que el empleador actúa como *agente de retención*, es decir, como el que procede a retener el aporte que efectúa el trabajador y a entregarlo a la entidad competente. Por ello, el artículo 11° del Decreto Ley N° 19990 establece que:

Los empleadores y las empresas de propiedad social, cooperativas o similares, están obligados a retener las aportaciones de los trabajadores asegurados obligatorios en el montepío del pago de sus remuneraciones y a entregarlas al Seguro Social del Perú, conjuntamente con las que dichos empleadores o empresas deberán abonar, por el término que fije el Reglamento, dentro del mes siguiente a aquel en que se prestó el trabajo. Si las personas obligadas no retuvieron en la oportunidad indicada las aportaciones de sus trabajadores, responderán por su pago, sin derecho a descontárselas a estos.

14. Asimismo, debe destacarse que el Decreto Ley N° 19990 consideraba como periodos de aportación los días, meses y semanas en que presten o hayan prestado servicios los trabajadores, aun cuando el empleador no hubiese pagado las aportaciones a la entidad gestora, por tener éste la condición de agente de retención. Así, en la redacción original del primer párrafo del artículo 70° se establecía que:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13, aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones (subrayado agregado).

Sin embargo, esta redacción original del primer párrafo del artículo 70° del Decreto Ley N° 19990 fue modificada por la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 28991, eliminándose la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, quedando redactado de la siguiente manera:

Para los asegurados obligatorios son períodos de aportación los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones a que se refieren los artículos 7 al 13.

15. Pues bien, teniendo en cuenta la nueva redacción del primer párrafo del artículo 70° del Decreto Ley N° 19990 se impone determinar si la modificación referida ha suprimido la presunción *iuris et de iure* de que se considere aportaciones efectivas a la retención del aporte efectuado por el empleador a la remuneración del trabajador que no es pagada a la entidad gestora. Para resolver esta cuestión debe tenerse presente la posición que ocupa el trabajador, el empleador y la entidad gestora en la relación laboral-previsional de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
16. Sobre el particular, este Tribunal considera que la modificación del artículo 70° del Decreto Ley N° 19990 en nada afecta la responsabilidad de los empleadores por la retención y pago de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, pues si bien en la nueva redacción se ha eliminado la frase “aun cuando el empleador, o la empresa de propiedad social, cooperativa o similar, no hubiese efectuado el pago de las aportaciones”, ello no implica que las aportaciones retenidas y no pagadas sean consideradas como aportaciones no efectuadas; por el contrario, las aportaciones retenidas y no pagadas por los empleadores deben ser consideradas como aportaciones efectivas, pues la modificación referida no enerva la calidad de los empleadores como agentes de retención de las aportaciones de los trabajadores.
17. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la relación de retención y pago de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, el trabajador ocupa una posición de desventaja, pues si bien él efectúa la aportación, es el empleador quien la retiene y la paga efectivamente ante la entidad gestora, es decir, es el responsable exclusivo de que las aportaciones ingresen al fondo de pensiones. Por su parte el empleador, al actuar como *agente de*

retención, asume una posición de ventaja frente al trabajador por recaer en su accionar la posibilidad de que las aportaciones se realicen de manera efectiva, ya que puede retenerla de la remuneración del trabajador pero no pagarla ante la entidad gestora, pues el trabajador, en calidad de asegurado obligatorio, ocupa un rol de inacción y, por ello, está liberado de toda responsabilidad por el depósito de las aportaciones ante la entidad gestora. Ello implica también que la entidad gestora frente al empleador mantiene una posición de ventaja, ya que le puede imponer una multa por incumplimiento de pago de aportaciones retenidas o exigirle mediante los procedimientos legales el cobro de las aportaciones retenidas.

18. Por lo tanto, los asegurados obligatorios del Sistema Nacional de Pensiones nunca se encuentran en la posibilidad efectiva de realizar directamente el pago de sus aportaciones a la entidad gestora, razón por la cual las aportaciones retenidas pero no pagadas al Sistema Nacional de Pensiones serán consideradas para determinar el total de años de aportaciones, pues su pago es responsabilidad exclusiva del empleador.
19. Ello quiere decir que el incumplimiento de la obligación de abonar las aportaciones por el empleador no puede perjudicar al trabajador, ya que si existe incumplimiento en este aspecto, la ONP o la entidad gestora competente debe hacer uso de los procedimientos de cobranza y de las sanciones previstas por la ley para cobrarle al empleador las aportaciones retenidas y no pagadas. En consecuencia, en todos los casos en que se hubiera probado adecuadamente la relación de trabajo, deberá equipararse el periodo de labores como periodo de aportaciones efectivas al Sistema Nacional de Pensiones.
20. Además, debe considerarse que a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 27334 y del Decreto Supremo N° 039-2001-EF el incumplimiento del pago de las aportaciones constituye un problema de carácter tributario-laboral entre el ente recaudador de la ONP –ahora, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria– y el mismo empleador.

Y es que, como lo señala la Defensoría del Pueblo, la no verificación del aporte efectivo es un problema tributario entre el empleador y la SUNAT, ajeno al trabajador, teniendo la entidad recaudadora sus propias herramientas para exigir su cobro^[1].

4.§ La prueba de periodos de aportaciones en la jurisprudencia constitucional

21. Al respecto, el criterio sentado por este Tribunal Constitucional ha sido el de considerar a los certificados de trabajo presentados en original, en copia legalizada o en copia simple, como medios probatorios idóneos y suficientes para demostrar periodos de aportaciones que han sido considerados por la ONP como aportaciones no acreditadas.

Ello debido a que, luego de una interpretación conjunta de los artículos 11° y 70° del Decreto Ley N° 19990 el Tribunal llegó a la conclusión de que, en el caso de los asegurados obligatorios, los meses, semanas o días en que presten, o hayan prestado servicios que generen la obligación de abonar las aportaciones, son considerados como periodos de aportaciones efectivas, aunque el empleador no hubiese efectuado el pago de las aportaciones, debido a que está obligado a retenerlas de los trabajadores. Es más, dicha argumentación se ha visto reforzada con la cita del artículo 13° del Decreto Ley N° 19990, que dispone que la ONP se encuentra obligada a iniciar el procedimiento coactivo si el empleador no cumple con efectuar el abono de las aportaciones indicadas.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada uniformemente por este Tribunal y es la que se reafirma, luego de la modificación del artículo 70° del Decreto Ley N° 19990, tal como se ha sustentado en los fundamentos precedentes.

22. Sin embargo debe destacarse que a partir de este criterio jurisprudencial, durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal ha podido detectar, entre otros casos, algunos en los cuales se han presentado documentos falsos para acreditar años de aportaciones no reconocidos por la ONP.

Así, en la STC 09560-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por don Róger Aguinaldo Cabeza Vera contra la ONP y ordenó remitir copia de la sentencia y de los actuados pertinentes al Ministerio Público, porque los datos consignados en uno de los certificados presentados por el demandante no eran ciertos. En este sentido se señaló que:

En cuanto al primer certificado de trabajo, debe señalarse que los datos consignados en el no pueden ser ciertos, puesto que el notario referido fue destituido mediante la Resolución del Consejo del Notariado N° 005-93-JUS/CN, de fecha 20 de julio de 1993. Por tanto, el demandante no

pudo trabajar en la notaría referida hasta el 30 de julio de 1995, porque don Daniel Alejandro Céspedes Marín fue destituido del cargo de notario en el año de 1993.

23. De otro lado, también debe tenerse presente que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria, el Tribunal ha podido detectar otros casos en los cuales el demandante, para acreditar periodos de aportación, ha presentado certificados de trabajo que han sido expedidos por terceros o certificados de trabajo que son contradictorios en su contenido.

En la STC 4332-2005-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Heraclio Barranzuela Cienfuegos contra la ONP, debido a que los certificados de trabajo que presentó para acreditar que contaba con 20 años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación, habían sido expedidos por terceras personas y eran contradictorios. En tal sentido, para desestimar la demanda se precisó que:

(...) se advierte a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, un certificado de trabajo firmado por Manuel Rangel Castro, sosteniendo ser ex empleado de la oficina de la ex hacienda Yapatera, la misma que fue de propiedad de la señora Josefina Checa viuda de Mc Donald; certificado donde se afirma que el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1950 hasta 1971; pero también obra en el expediente, a fojas 6, otro certificado de trabajo firmado por Miguel Torres Carrasco - adjuntado por el recurrente junto con la presente demanda -, que tiene por fecha el mes de mayo de 2004, quien también afirma ser ex empleado (apuntador general) de la ex hacienda Compañía Agrícola Yapatera S.A. y que esta fue de propiedad de la señora Josefa Checa de Mc Donald. Según este certificado, el recurrente trabajó para la referida hacienda desde 1953 hasta el 30 de diciembre de 1957. Con estos documentos el recurrente pretende acreditar que reúne los 20 años de aportaciones necesarios para obtener su pensión de jubilación; sin embargo, al estar firmados por terceros y no por su ex empleador, no podrían ser tomados como medios de prueba para acreditar su relación laboral. Más aun, se advierte contradicción entre ellos: mientras el documento que obra a fojas 6 sostiene que el recurrente laboró desde el año 1953 hasta diciembre del año 1957 en la referida hacienda, el documento que obra a fojas 65 del cuadernillo formado ante este Tribunal, sostiene que lo hizo desde el

año 1950 hasta el año 1971. Es decir, no solo su validez está en cuestión, sino también su veracidad, lo que hace imposible acreditar con ellos ni la relación laboral ni el tiempo efectivamente laborado que determine los años de aportaciones que se le habrían desconocido al recurrente (...).

24. Finalmente, debe destacarse que durante el desarrollo de los procesos de amparo en materia pensionaria este Tribunal también ha podido detectar casos en los cuales el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones sin que presente algún medio probatorio que los acredite.

Así, en la STC 10465-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Edilberto Dueñas Coronado contra la ONP. En dicha causa, el demandante solicitaba que se le reconociera un total de 33 años de aportaciones, en vez de los 27 años de aportaciones que le había reconocido la ONP. Al analizar la controversia, el Tribunal desestimó la demanda porque:

(...) para acreditar dichos años de aportaciones, el demandante no había adjuntado ningún medio probatorio (certificados de trabajo, boletas de pago, liquidación de tiempo de servicios, resumen de aportaciones, entre otros).

En igual sentido, en la STC 00273-2006-PA/TC, el Tribunal declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Bernardo Isaac Leud Ku contra la ONP. En dicha causa, la controversia se centraba en determinar si el demandante cumplía con los 20 años de aportaciones exigidos por el artículo 1º del Decreto Ley N° 25967 para acceder a una pensión de jubilación. Al analizar la controversia, se desestimó la demanda porque de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en el expediente, se llegó a la conclusión de que:

(...) no se puede verificar si efectivamente el recurrente tiene acreditado su derecho respecto a dichos años de aportación por cuanto no ha presentado documentos con los que al menos pruebe la relación laboral con sus distintos empleadores durante el referido tiempo.

25. Por lo tanto, teniendo presente que el criterio reseñado ha sido aprovechado abusivamente por los demandantes, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus funciones de ordenación y de pacificación, y haciendo uso de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estima pertinente establecer precedentes de observancia obligatoria respecto de las reglas

que deben observar los jueces que conocen procesos de amparo para la acreditación de periodos de aportaciones considerados como no acreditados por la ONP.

Cabe destacar que estas reglas particulares que han de seguir los jueces que conozcan procesos de amparo, para determinar cuándo un demandante ha acreditado fehacientemente periodos de aportaciones, tiene su razón de ser no solo por la inexistencia de estación probatoria en el proceso de amparo, sino también porque el criterio referido ha sido utilizado maliciosamente por los demandantes.

5. § Reglas para acreditar periodos de aportaciones en el proceso de amparo

26. De este modo, cuando en los procesos de amparo la dilucidación de la controversia conlleve el reconocimiento de periodos de aportaciones, que no han sido considerados por la ONP, para que la demanda sea estimada los jueces y las partes deben tener en cuenta las siguientes reglas:
- a. El demandante con la finalidad de generar suficiente convicción en el juez de la razonabilidad de su petitorio puede adjuntar a su demanda como instrumento de prueba, los siguientes documentos: certificado de trabajo, las boletas de pago de remuneraciones, los libros de planillas de remuneraciones, la liquidación de tiempo de servicios o de beneficios sociales, las constancias de aportaciones de ORCINEA, del IPSS o de EsSalud, entre otros documentos. Dichos instrumentos pueden ser presentados en original, copia legalizada o fedateada, mas no en copia simple. El Juez, de oficio o a pedido del demandante, podrá solicitar el expediente administrativo a la ONP o copia fedateada de el, bajo responsabilidad.
 - b. La ONP, cuando conteste la demanda de amparo, tiene la carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este. Ello con la finalidad de poder determinar con certeza si la denegación de otorgamiento o el desconocimiento de un mayor período de aportaciones ha sido arbitraria o se encuentra justificada. Y es que, si se está cuestionando la presunta violación del derecho a la pensión, corresponde que la autoridad jurisdiccional tenga a la vista los mismos actuados o, cuando menos, los documentos presentados ante la autoridad administrativa, y aquellos en los que dicha autoridad funda su pronunciamiento, a fin de determinar si se produjo o no la violación alegada.

- c. La carga procesal de adjuntar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, es aplicable a los procesos de amparo en trámite cuando los jueces lo estimen necesario e indispensable para resolver la controversia planteada.
- d. En los procesos de amparo que se inicien con posterioridad a la publicación de esta sentencia, la ONP, cuando conteste la demanda, tiene el deber de cumplir con presentar el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este. En caso de que no cumpla con su carga procesal de adjuntar como medio probatorio el expediente administrativo, el juez aplicará el principio de prevalencia de la parte quejosa, siempre y cuando los medios probatorios presentados por el demandante resulten suficientes, pertinentes e idóneos para acreditar años de aportaciones, o aplicará supletoriamente el artículo 282º del Código Procesal Civil.
- e. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente fundada. Para estos efectos se considera como una demanda manifiestamente fundada, aquella en la que se advierta que la ONP no ha reconocido periodos de aportaciones que han sido acreditados fehacientemente por el demandante bajo el argumento de que han perdido validez; que el demandante ha tenido la doble condición de asegurado y empleador; y que según la Tabla Referencial de Inicio de Aportaciones por Zonas, establecida por el antiguo Instituto Peruano de Seguridad Social, en esa zona aun no se empezaba a cotizar.
- f. No resulta exigible que los jueces soliciten el expediente administrativo de otorgamiento de pensión o copia fedateada de este, cuando se está ante una demanda manifiestamente infundada. Para estos efectos, se considera como una demanda manifiestamente infundada, aquella en la que se advierta que el demandante solicita el reconocimiento de años de aportaciones y no ha cumplido con presentar prueba alguna que sustente su pretensión; cuando de la valoración conjunta de los medios probatorios aportados se llega a la convicción de que no acreditan el mínimo de años de aportaciones para acceder a una pensión de jubilación; o cuando se presentan certificados de trabajo que no han sido expedidos por los ex empleadores sino por terceras personas.

6.§ Análisis de la controversia

27. Los artículos 47º y 48º del Decreto Ley N° 19990, vigentes antes de la promulgación del Decreto Ley N° 25967, constituyen las disposiciones legales que configuran el derecho constitucionalmente protegido para acceder a la pensión reclamada. En ellos se establece que tienen derecho a pensión del régimen especial de jubilación los hombres que: a) cuenten 60 años siempre que hayan nacido antes del 1 de julio de 1931; b) hayan estado inscritos en las Cajas de Pensiones de la Caja Nacional de Seguro Social o del Seguro Social del Empleado; y, c) acrediten, por lo menos, cinco años de aportaciones, siempre que sean asegurados obligatorios o que, habiéndolo sido, opten por la continuación facultativa.
28. En el caso de autos, según el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, el actor nació el 25 de noviembre de 1949, es decir, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 47º del Decreto Ley N° 19990 para tener derecho a adquirir una pensión de jubilación conforme al régimen especial, por lo que dicho régimen de jubilación no le resulta aplicable.
29. No obstante, este Colegiado considera que en atención al contenido de la resolución cuestionada, procede la aplicación del principio *iura novit curia*, consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, en el presente caso la configuración legal del derecho a la pensión del demandante se analizará según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen de jubilación adelantada establecido en el Decreto Ley N° 19990, así como por sus modificatorias.
30. Conforme al artículo 44º del Decreto Ley N° 19990, para tener derecho a una pensión de jubilación adelantada se requiere tener, en el caso de los hombres, como mínimo, 55 años de edad y 30 años completos de aportaciones.
31. De la Resolución N° 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990 y del Cuadro Resumen de aportaciones, obrantes a fojas 2 y 7, se advierte que la ONP le denegó al demandante la pensión de jubilación adelantada porque consideró que: a) solo había acreditado 17 años y 5 meses de aportaciones; y b) existía la imposibilidad material de acreditar los 22 años y 10 meses de aportaciones efectuados de 1965 a 1970, de 1975 a 1978 y de 1980 a 1984, así como los periodos faltantes de 1964, 1971, 1973, 1974, 1979, de 1985 a 1992 y de 1994 a 1996.

32. Para demostrar la titularidad del derecho a la pensión y el cumplimiento de los requisitos legales que lo configuran, el demandante ha adjuntado a su demanda dos certificados de trabajo obrantes a fojas 9 y 14, y dos liquidaciones de beneficios sociales obrantes a fojas 10 y 11, que acreditan que ha trabajado para Electro Cerámica Chimbote S.A. desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 22 de mayo de 1992. Consecuentemente, en aplicación de los artículos 11º y 70º del Decreto Ley N° 19990, dicho periodo deberá ser tomado en cuenta como periodo de aportaciones para efectos de otorgarle pensión de jubilación, aun cuando el empleador no hubiese hecho el pago de las aportaciones correspondientes, toda vez que la demandada debe efectuar la cobranza de las aportaciones indicadas de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, haciendo uso de los apremios que resulten necesarios para dicho fin.
33. Por tanto, tomando en cuenta la documentación mencionada, el actor acredita 21 años y 4 meses de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales, sumados a los 17 años y 5 meses de aportaciones reconocidos por la demandada, hacen un total de 38 años y 9 meses de aportaciones. Asimismo, con el Documento Nacional de Identidad obrante a fojas 36, se acredita que el demandante nació el 25 de noviembre de 1949, y que cumplió los 55 años el 25 de noviembre de 2004.
34. Siendo así, el demandante reúne todos los requisitos legales exigidos para la percepción de la pensión de jubilación adelantada; y, consiguientemente, se ha desconocido arbitrariamente el derecho constitucional a la pensión que le asiste, por lo que la demandada debe abonarle las pensiones devengadas de conformidad con el artículo 81.º del Decreto Ley 19990, para lo cual deberá tener en cuenta la fecha de apertura del Expediente N° 00900037205, en el que consta la solicitud de la pensión denegada.
35. Adicionalmente se debe ordenar a la emplazada que efectúe el cálculo de los devengados correspondientes desde la fecha del agravio constitucional, así como el de los intereses legales generados de acuerdo con la tasa señalada en el artículo 1246º del Código Civil, y que proceda a su pago en la forma establecida por la Ley N° 28798.
36. Habiéndose acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional a la pensión, corresponde, de conformidad con el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, ordenar a dicha entidad que asuma los costos procesales, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de

ejecución de la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones N^{os} 0000040058-2005-ONP/DC/DL 19990 y 0000053395-2006-ONP/DC/DL 19990.
2. Ordenar que la emplazada cumpla con otorgarle al recurrente una pensión de jubilación adelantada con arreglo al artículo 44^o del Decreto Ley N^o 19990, y que le abone las pensiones devengadas e intereses legales correspondientes, así como los costos procesales en la etapa de ejecución de la sentencia.
3. Declarar que los criterios previstos en el fundamento 26, *supra*, constituyen precedente vinculante inmediato de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

[1] Informe Defensorial N.º 135. "Por un acceso justo y oportuno a las pensiones: Aportes para una mejor gestión de la ONP". Lima: 2008, p. 66.

28. STC N° 2513-2007-PA CASO ERNESTO CASIMIRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Nro. de STC	2513-2007-AA
Órgano Emisor	Pleno
Demandante	Ernesto Casimiro Hernández Hernández
Demandado	Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros
Fecha de Publicación en la Página Web	8 de enero de 2009
Fecha de Publicación en El Peruano	No se ha encontrado información.
Fundamentos Vinculantes	9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 24, 26, 27, 29, 31, 34, 37, 40, 42, 45, 46, 48 y 49
Contenido del Precedente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Unifica las reglas contenidas en los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias emitidas en los Exps. N° 10063-2006-PA, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA y 00061-2008-PA. 2. No se exigirá condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR la percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud (fundamento 21). 3. Procedencia del reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 y procedencia del reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N° 26790 (fundamento 29). 4. Improcedencia del amparo cuando el demandante no presenta dentro del plazo de 60 días hábiles de solicitado el dictamen o

	<p>certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades (fundamento 46).</p> <p>5. Los jueces que califican demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008 y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, las declararán improcedentes si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS (fundamento 48).</p> <p>6. Imposición de las medidas coercitivas contenidas en el artículo 22° del CPConst. para la ONP y compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes. Asimismo, se impondrá pago de costas y costos a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos en la sentencia. Y a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes (fundamento 49).</p>
Fallo	Infundada
Aplicación en el Tiempo	Inmediata
Notas	El Tribunal Constitucional en esta sentencia unifica los precedentes vinculantes establecidos en las sentencias emitidas en los Exps. N°s 10063-2006-PA, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA y 00061-2008-PA. Además de ratificar lo ya establecido jurisprudencialmente, incorpora nuevas reglas.

EXP. N° 02513-2007-PA/TC
ICA
ERNESTO CASIMIRO
HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ernesto Casimiro Hernández Hernández contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 109, su fecha 31 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 18 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo N° 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad.

2. Contestación de la demanda

La emplazada propone las excepciones de arbitraje, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda alegando que para el otorgamiento de una pensión de invalidez, el demandante debió someterse a los exámenes médicos que establece el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

3. Resolución de primer grado

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 11 de setiembre de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar

que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

4. Resolución de segundo grado

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que con la sentencia emitida en el Exp. N° 2004-1846, se demuestra que el demandante ya se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por la enfermedad profesional que padece.

III. FUNDAMENTOS

1§ Procedencia de la demanda y delimitación de las materias controvertidas

1. En el fundamento 37.b) de la STC 1417-2005-PA, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.
2. El demandante pretende que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la citada sentencia, por lo que se analizará el fondo de la cuestión controvertida.

Alega que con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790.

3. Por su parte Rímac aduce que la pretensión planteada en el presente proceso ya ha sido solicitada por el demandante en un anterior proceso de amparo, en el que se le ordenó a la Oficina de Normalización Previsional que le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790. Por lo tanto, el demandante no tiene derecho a una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme

a la Ley N° 26790, ya que la Oficina de Normalización Previsional se la viene abonando.

4. Delimitados de este modo los términos del debate, corresponde a este Tribunal determinar si resulta legítimo que un asegurado pueda percibir por la misma enfermedad profesional dos pensiones vitalicias conforme al Decreto Ley N° 18846 o dos pensiones de invalidez conforme a la Ley N° 26790 o una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 y una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790. Ello debido a que la pensión vitalicia fue sustituida por la pensión de invalidez para cubrir las mismas contingencias (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).
5. Con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, es necesario recordar que en las SSTC 10063-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC se han establecido los criterios vinculantes para la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley N° 18846 y el Decreto Supremo N° 002-72-TR y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley N° 26790 y el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

Por lo tanto, teniendo en consideración que existen tres sentencias que establecen precedentes vinculantes respecto del SATEP y del SCTR y una que les sirve de fundamento o *ratio decidendi*, así como una prolífica jurisprudencia que desarrolla temas no tratados por los precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional, en virtud de su función de ordenación, considera necesario que dichos criterios interpretativos queden unificados y establecidos en una sola sentencia, a fin de garantizar la unidad, predictibilidad y seguridad jurídica, y facilitar el uso por parte de los justiciables y los jueces.

2.§ Criterios vinculantes respecto del SATEP y del SCTR

6. Este Tribunal al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley N° 18846 o de la Ley N° 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:
 - a. Prescripción de la pensión vitalicia.
 - b. Ámbito de protección del Decreto Ley N° 18846 y del Decreto Supremo N° 002-72-TR.

- c. La acreditación de la enfermedad profesional.
 - d. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
 - e. La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790.
 - f. La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba.
 - g. La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.
 - h. El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez.
 - i. La pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
 - j. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
 - k. La fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez
 - l. Responsabilidad del Estado en el SCTR.
7. Ahora bien, conviene señalar que para la motivación de los criterios vinculantes que se van a establecer en la presente sentencia, en algunos temas nos remitiremos a los fundamentos establecidos en la STC 10063-2006-PA/TC, y en otros se desarrollará la fundamentación correspondiente. De este modo, en algunos temas hemos de reiterar los precedentes vinculantes establecidos y en otros vamos a establecer nuevos precedentes vinculantes.

Asimismo, antes de proceder a unificar los criterios vinculantes y establecer nuevos criterios vinculantes, debe señalarse que la regla procesal que permite a este Tribunal Constitucional establecer precedentes vinculantes se encuentra reconocida en el artículo 201° de la Constitución y en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En este sentido, debe establecerse como:

- a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° 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.

2.1.§ Prescripción de la pensión vitalicia

- 8. En este punto, se ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 89 y 90, en el sentido de que el plazo de prescripción de tres años del artículo 13° del Decreto Ley N° 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia por incapacidad, al ser una restricción irrazonable, no se condice con el contenido esencial a la pensión que este Tribunal ha delimitado en las STC 0050-2004-AI y 1417-2005-PA, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.
- 9. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

2.2.§ Ámbito de protección del Decreto Ley N° 18846 y del Decreto Supremo N° 002-72-TR

- 10. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley N° 18846 y del Decreto Supremo N° 002-72-TR, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 66 y 67 de la STC 10063-2006-PA/TC.
- 11. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N° 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.
- 12. Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N° 19990 que en su inciso d) del artículo 25° señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29° del Decreto Supremo N° 011-74-TR.

2.3.§ Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

13. Para la motivación de este punto nos remitimos al fundamento 96 de la STC 10063-2006-PA/TC, en cuanto se establece que el artículo 26º del Decreto Ley N° 19990 resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 y a la pensión de invalidez de la Ley N° 26790.
14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26º del Decreto Ley N° 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

2.4.§ Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

15. Para determinar en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración o pensión vitalicia y pensión de invalidez, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 100 a 102, 104 a 105 y 109 de la STC 10063-2006-PA/TC.
16. En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que:
 - a. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - b. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
 - c. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

17. Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que:
 - a. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - b. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
 - c. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.
18. Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo N° 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2.5.§ La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790

19. A diferencia del SATEP, que no estableció el cumplimiento previo de algún período de calificación para que los asegurados y ex-asegurados puedan acceder a una pensión vitalicia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el SCTR sí lo prevé. Así, en los artículos 19º de la Ley N° 26790 y del Decreto Supremo N° 003-98-SA se establece que el derecho a la pensión de invalidez se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud (EsSalud).

En igual sentido, el artículo 25.6, literal c), del Decreto Supremo N° 003-98-SA señala que el asegurado para obtener la pensión de invalidez deberá presentar, en el procedimiento de otorgamiento, el certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por

EsSalud. Del mismo modo, el artículo 26.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA dispone que las pensiones de invalidez se devengarán desde el día siguiente de finalizado el período de 11 meses y 10 días consecutivos, correspondiente al subsidio por incapacidad temporal que otorga EsSalud.

20. Pues bien, teniendo presente que la normativa que regula el SCTR prevé un período de calificación previa (subsidio de incapacidad temporal por 11 meses y 10 días consecutivos) para acceder a una pensión de invalidez, corresponde determinar en qué casos resulta razonable que el destinatario del derecho fundamental a la pensión pueda exigir el cumplimiento de dicho requisito.

Al respecto, este Tribunal considera que el goce previo del subsidio de incapacidad temporal como condición para acceder a una pensión de invalidez constituye un requisito razonable que solo puede ser exigido a los asegurados del SCTR que mantengan una relación laboral vigente, mas no a quienes han terminado su relación laboral, debido a que médicamente es posible que los efectos del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional se manifiesten después del cese laboral.

En este sentido, este Tribunal en la STC 02349-2005-PA/TC ha precisado que “el pago de subsidios solo procede cuando existe vínculo laboral, de modo tal que resulta imposible exigir su percepción como condición previa al otorgamiento de la pensión después del cese laboral del asegurado”, pues su exigencia a quienes han terminado su relación laboral, por ser irrazonable, vulneraría su derecho fundamental a la pensión.

21. Por ello, ha de establecerse como nuevo precedente vinculante que: La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

2.7.§ La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

22. Cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional es declarada durante la vigencia de la relación laboral, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido, pues se tiene la certeza de

que esta se encuentra cubierta por la póliza del contrato del SCTR. En cambio, si la enfermedad profesional es declarada luego que la relación laboral termina, la configuración de la invalidez y la responsabilidad de la parte demandada se convierten en hechos controvertidos, pues se tiene que determinar si ésta se produjo dentro de la vigencia de la póliza.

23. Para ello, debe tenerse en cuenta que la enfermedad profesional puede presentarse durante la relación laboral o al término de ésta, ya que existen enfermedades profesionales que pueden manifestarse de distintas maneras y que no impiden necesariamente seguir realizando la prestación de servicios. Por ello, cuando la enfermedad profesional se presenta al término de la relación laboral, el responsable de la pensión de invalidez es la compañía aseguradora o la entidad encargada que mantenía la póliza vigente cuando se produjo el término de la relación laboral, ya que la invalidez se produjo durante la vigencia de su póliza.
24. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

2.8.§ El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

25. En cuanto a la exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad profesional y las labores desempeñadas para acceder a la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o su sustitutoria, la pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 81 y 113 a 114 de la STC 10063-2006-PA/TC.

26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.
27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia

2.9.§ El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez

28. Es doctrina reiterada de este Tribunal que en caso se incremente el grado de incapacidad o invalidez provocado por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia o la pensión de invalidez. Ello debido a que la garantía institucional de la seguridad social tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida.

Para fundamentar la procedencia del reajuste, este Tribunal en la STC 1008-2004-AA/TC, ha señalado que: a) La improcedencia del reajuste desnaturalizaría la esencia misma del seguro, el cual está concebido para

cubrir la incapacidad laboral, resultando razonable, por lo tanto, que la pensión se incremente a medida que el grado de incapacidad se incremente; b) El riesgo cubierto –la incapacidad laboral producto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales– no es estático ni se agota, en todos los casos, en el momento en que se produce el siniestro o se manifiesta la enfermedad; y c) Existen accidentes de trabajo y, especialmente, enfermedades profesionales que generan una progresión degenerativa de la incapacidad laboral y que son incurables, por ejemplo la neumoconiosis (silicosis).

29. Por lo tanto, el Tribunal ha de establecer como nuevo precedente vinculante que: procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N° 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

2.10.§ La pensión mínima del Decreto Legislativo N° 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

30. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar las consideraciones expuestas en los fundamentos 87 y 117 de la STC 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N° 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley N° 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley N° 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones).
31. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N° 26790, debido a que ambas prestaciones se

encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

2.11.§ El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

32. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo N° 003-98-SA. Así, en su artículo 9° 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° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 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° 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.

2.11.1.§. El arbitraje previsto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 003-98-SA

33. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9.º del Decreto Supremo N° 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional, en el fundamento 120 de la STC 10063-2006-PA/TC, 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.
34. En este sentido, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 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° 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.

2.11.2.§. El arbitraje previsto en el artículo 25º del Decreto Supremo N° 003-98-SA

35. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9.º, el previsto en el artículo 25º 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.
36. Sobre el particular, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional en la STC 00061-2008-PA/TC consideró que el arbitraje voluntario goza de la presunción de constitucionalidad 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. Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir

con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.

37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:
- Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
 - Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
 - Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
 - Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

38. Asimismo, cabe recordar que contra el laudo arbitral procede la demanda de amparo, siempre que se haya agotado previamente el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje y exista una resolución judicial firme que resuelva dicho recurso.

2.12. § Fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez

39. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho a la pensión vitalicia o pensión de invalidez, este Tribunal en el precedente vinculante dictado en la STC 00061-2008-PA/TC ha precisado que la contingencia debe establecerse desde la fecha de emisión del dictamen o certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que la prestación 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° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

40. Por lo tanto, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades 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° 18846 o pensión de invalidez de la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas.

2.13. § Responsabilidad del Estado en el SCTR

41. Este Tribunal en los fundamentos 124 a 126 de la STC 10063-2006-PA/TC al analizar el artículo 88° del Decreto Supremo N° 009-97-SA advirtió que la cobertura supletoria del SCTR que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones vitalicias o pensiones de invalidez por riesgos profesionales, solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad empleadora se encuentre inscrita, es decir, que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente.
42. Pues bien, este Tribunal, con la finalidad de integrar el vacío normativo previsto en el artículo 88° del Decreto Supremo N° 009-97-SA, ha de reiterar como precedente vinculante que la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88° del Decreto Supremo N° 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

2.14. § Reglas procesales

43. Este Tribunal en los fundamentos 140 y 146 de la STC 10063-2006-PA/TC desarrolló algunas reglas procesales que deben tenerse presentes en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, que requieren de una complementación para un mejor desarrollo de los procesos constitucionales y la predictibilidad de las sentencias.

44. Como primera regla procesal, tenemos que precisar los efectos que generó establecer en la STC 10063-2006-PA/TC como regla vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley N° 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar en los procesos de amparo que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA.
45. Pues bien, teniendo en cuenta el criterio vinculante referido en el fundamento precedente, este Tribunal ha de reiterar como precedentes vinculantes que:
- Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, que aun no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.
 - En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.
 - En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen

- médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.
46. Asimismo, resulta conveniente establecer qué sucede en aquellos casos en los que el demandante no cumple con presentar el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades dentro del plazo de 60 días hábiles.
- En este sentido, la segunda regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente es que: en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.
47. En cuanto a las reglas procesales reiteradas en el fundamento 45 *supra*, debe precisarse que éstas solo resultan aplicables a las demandas de amparo que se hayan interpuesto antes del 19 de enero de 2008, pues en dicha fecha se publicaron en el diario oficial *El Peruano* las STC 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, que elevan a precedente vinculante las reglas contenidas en la STC 10063-2006-PA/TC, que fue publicada en la pagina web de este Tribunal el 6 de diciembre de 2007.
48. En orden a lo indicado, debe establecerse la regla procesal que ha de aplicarse a las demandas de amparo que sean interpuestas a partir del 19 de enero de 2008. En este sentido, la tercera regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que:
- Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

49. Finalmente, debe establecerse como última regla procesal en qué casos resulta válido imponer sanciones a las partes. En este sentido, la cuarta regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que: a la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPCConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

3.§ Análisis de la controversia

50. Sobre la posibilidad de percibir una doble pensión por una misma enfermedad profesional, debemos remitirnos al precedente vinculante originalmente establecido en la STC 10063-2006-PA, y reconocido como precedente vinculante mediante las STC 6612-2005-PA y 10087-2005-PA, en cuanto señala que “ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790”.
51. Respecto a los elementos de interés para la resolución del presente caso, debe señalarse que con la Resolución N° 11, de fecha 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Exp. N° 2004-1846, obrante en autos como acompañado, se prueba que a la Oficina de Normalización Previsional se le ordenó que le otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, debe destacarse que en el proceso referido la demanda de amparo fue declarada fundada porque con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, que también ha sido presentado en el presente proceso, se probó que el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) con 80% de incapacidad.
52. Por lo tanto, advirtiéndose que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley N° 26790, no resulta legítimo que pueda percibir una segunda pensión

de invalidez por la misma enfermedad profesional que padece, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se reitera como **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45, que son las siguientes:
 - a. No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.
 - b. No se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley N° 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.
 - c. Los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley N° 19990 que en su inciso d) del artículo 25º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29º del Decreto Supremo N° 011-74-TR.
 - d. En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26º del Decreto Ley N°

19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

- e. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.

Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.

Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

- f. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.

Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.

Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

- g. Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley N° 19990 o a la Ley N° 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115° del Decreto Supremo N° 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.
- h. En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los

emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

- i. En el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.
- j. Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.
- k. Los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley N° 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.
- l. Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9° del Decreto Supremo

Nº 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.

- m. 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 cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

- n. La fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades 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 Nº 18846 o pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 y sus normas complementarias y conexas.
- o. La cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

- p. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

3. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se establecen como nuevos **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los fundamentos 21, 29, 46, 48 y 49, que son las siguientes:
- a. La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una

enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

- b. Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley N° 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley N° 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.
- c. En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.
- d. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N° 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.
- e. A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían

conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**