

LUIS ALBERTO CARRASCO GARCÍA

# Derecho Procesal Constitucional

Doctrina  
Legislación  
Jurisprudencia  
(Precedentes Vinculantes)  
Modelos



**EDITORA "FECAT"**

## DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**LUIS ALBERTO CARRASCO GARCÍA**

Impreso en Perú

Printed in Perú

**2da EDICIÓN: 2010**

DERECHOS RESERVADOS; DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Hecho el Depósito Legal, en la Biblioteca Nacional del Perú  
N° 2010-03975



**EDITORIA FECAT**

Distribución y Ventas:

Jr. ILO 283 - LIMA 1

Teléfono 433-9870

Correo E.: editorafecat@gmail.com



- Derechos de Autor, reservados conforme a Ley.
- Prohibida la reproducción de este libro sin previo permiso del Autor y Editor.
- Edición y distribución concedidos a Editora FECAT E.I.R.L

*L*uis Alberto Carrasco García exhibe desde sus inicios una amplia trayectoria académica y de gestión en el campo del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. En efecto es profesor universitario de la especialidad en las universidades, Nacional de Piura y César Vallejo – Piura. Ha sido, además, profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tumbes.

*Es profesor de Post Grado en los Programas de Titulación Profesional de las Universidades Nacional de Piura y César Vallejo de Piura y Trujillo.*

*Ha ejercido el cargo de Juez Suplente en el Juzgado Mixto de Tambogrande – Piura. Integra el Registro de Magistrados Suplentes de la Corte Superior de Justicia de Piura, como Vocal Superior Civil (Juez Superior).*

*Es egresado del XII Curso PROFA -2009- de la Academia de la Magistratura sede Lambayeque, en el Segundo Nivel (Juez Superior).*

*Es egresado de la Universidad Nacional de Trujillo, donde optó el grado de Bachiller en 1994; titulándose como Abogado en Junio de 1995. Diplomado en Derecho Constitucional por el Centro de Altos Estudios “Master et Magister”, con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y Magister en Docencia Universitaria por la Universidad César Vallejo de Trujillo. Es expositor en diversos seminarios nacionales y abogado consultor con especialidad en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.*

## *Dedicatoria*

---

**A** mis Maestros : Sigifredo Orbegoso Venegas y Víctor Julio Ortecho Villena; a quienes con mucho acierto, Gerardo Eto Cruz denomina “la dupla del Derecho Constitucional Trujillano”<sup>1</sup>.

---

1. ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo; Poder Constituyente y Otros Ensayos. Estudio Preliminar. Gerardo Eto Cruz; Editora Normas Legales; Trujillo Perú, 2002; p. 20.

# Presentación

---

Con la entrada en vigor del Primer Código Procesal Constitucional Peruano, en diciembre de 2004, el Perú optó por la codificación en materia de jurisdicción constitucional; en tal sentido el presente trabajo pretende hacer una labor de difusión y precisión de los mecanismos procesales constitucionales que garantizan el efectivo goce de los Derechos Constitucionales.

Tan importante como conocer los derechos, es todavía más importante saber exigir el cumplimiento de los mismos. Los procesos constitucionales que, en número de siete, desarrolla el Código Procesal Constitucional, debidamente ejercitados, se constituyen en eficaz herramienta para la defensa irrestricta de los Derechos Constitucionales. Así tenemos el Hábeas Corpus para proteger la libertad individual, el amparo para la tutela de los demás derechos constitucionales; el Hábeas Data para proteger el derecho a la intimidad personal y familiar; el proceso de Cumplimiento para obligar a una autoridad renuente a acatar un acto administrativo o una norma legal. Existen, además los procesos orgánicos de: Inconstitucionalidad ejercitable contra las leyes que violenten la Constitución. Complementado con el proceso de acción popular que elimina los reglamentos inconstitucionales o ilegales. Y, finalmente el proceso Competencial para resolver las controversias sobre atribuciones entre los Poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos y los gobiernos regionales y locales.

He creído conveniente introducir al presente los cada vez más relevantes precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia de procesos constitucionales, lo que en mi opinión

significa el paso del derecho legal (como concepción del legislador) a un derecho judicial (como obra del Juez), para el presente del Juez Constitucional.

He aquí el afán del autor, cual es despertar en los lectores del presente, el interés por el fascinante y cada vez más influyente campo del Derecho Procesal Constitucional que por la denominación es una joven disciplina, pero que por sus mecanismos contenidos tiene ya larga data<sup>2</sup>.

Lima, Abril del 2010

Luis Alberto Carrasco García

## Capítulo I

### **DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

#### **1. EL ESTADO DE DERECHO: NECESIDAD DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DEL PODER ESTATAL**

El hombre desde siempre ha tenido la necesidad de vivir en forma organizada, ya sea dentro de un clan, horda, tribu o últimamente Estado. En ese sentido, el concepto de organización social supone convenir y concertar la vigencia y aplicación de normas, instituidora o reguladora, como parte inherente de aquélla<sup>3</sup>. Los hombres para librarse del estado insoportable de caos y guerra general concertaron un contrato y se subordinaron incondicionalmente al poder del Estado por ellos creado. El contrato social conduce a la formación simultánea de la sociedad y el Estado mediante el cual la masa se convierte en una sociedad organizada (ROUSSEAU - HOBBS)<sup>4</sup>.

Entre individuos iguales y libres solo cabe una forma de relación: el acuerdo de voluntades, el pacto, el contrato por esto se comprende por sí mismo que fuera la teoría del contrato social el instrumento para explicar el proceso de constitución del Estado. La formalización jurídica de dicho contrato social es la Constitución Política del Estado<sup>5</sup>.

3. ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo; Ob. Cit., p. 199.
4. En sus tratados De Cive y Leviatán, fue Hobbes el primero en exponer la tesis del contrato. Es importante precisar que la hipótesis del pacto celebrado por los individuos conduce a Hobbes a legitimar el absolutismo del príncipe, en tanto que a Rousseau lo lleva a afirmar la soberanía popular. La tesis política de Rousseau es expuesta en su Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, y más ampliamente en el Contrato Social.
5. PEREZ ROYO, Javier; "Curso de Derecho Constitucional"; Madrid España, 2000, 7ma Edición; Ediciones Jurídicas y Sociales; p. 48.

2. ABAD YUPANQUI, Samuel B; "Derecho Procesal Constitucional"; Lima Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2004, p. 11.

Es el propio Estado quien, en el devenir histórico de la humanidad, se ha excedido en el uso del poder; cometiendo abusos a través de sus funcionarios y en menor grado por los particulares. Razones por las cuales se han creado mecanismos (procesos constitucionales) tendientes a la protección de los derechos de las personas. Esto en correlato con lo dispuesto por la Carta Política Peruana de 1993 en su artículo 1 “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Como bien señala Alberto Borea Odría “Quien está en el poder, debe estar consciente de sus límites, puesto que corre el riesgo de perderlo todo si se atreve a una transgresión de los mismos”<sup>6</sup>

La doctrina ha acuñado el término Estado de Derecho, que fuera creado por los teóricos alemanes. “Fue Robert Vou Mohl quien usó por primera vez la expresión Estado de Derecho, o Rechtsstaat, en su célebre obra así intitulada, que apareció en 1832”<sup>7</sup>; y tiene como rasgos definidores: a) La supremacía del Derecho, reflejado en la superioridad de la Constitución; b) La organización de los poderes del Estado, con vigencia del principio de separación de poderes; c) La vigencia del principio de legalidad; d) El reconocimiento y garantía de una serie de libertades; e) La existencia de un Poder Judicial independiente.

Conviene tener muy en cuenta la puntual aseveración del profesor Astete Virhuez “El Estado de Derecho establece el gobierno de la Ley y no de los hombres, si la ley domina ya no lo hace el hombre. No hay Estado de Derecho cuando se deja al hombre la última voluntad”<sup>8</sup>.

En igual sentido, el profesor español, Javier Pérez Royo precisa: “El Derecho, tanto el sustantivo como el procesal, es un mecanismo de objetivación de las relaciones humanas, a fin de reducir la subjetividad y, por tanto, la arbitrariedad en dichas relaciones en general y en la solución de los conflictos en particular. La subjetividad es en el mundo del Derecho el mal del que hay que huir como de la peste”<sup>9</sup>.

6. BOREA ODRIA, Alberto; “Los Elementos del Estado Moderno”, Lima Perú, 1994, p. 359.
7. FERRERO R., Raúl; “Ciencia Política Teoría del Estado y Derecho Constitucional”; Editora Jurídica GRIJLEY; Novena Edición; Lima 2003, p. 312 y 313
8. ASTETE VIRHUEZ, Jorge; “El Poder Neutro, Teoría del Equilibrio de Poderes en el Perú”, Lima Perú, Ediciones Gráficas América S.R.L., 2001, p. 151
9. PEREZ ROYO, Javier; Ob. Cit., p. 23

El Estado moderno reconoce, a través de la Constitución los derechos de los ciudadanos (aspecto dogmático) y la estructura de su sistema político (aspecto orgánico).

## 2. TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### 2.1. DEFINICIÓN DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es la disciplina jurídica que –participando de la unidad esencial del derecho procesal<sup>10</sup>- estudia e interpreta las normas instrumentales que regulan los procesos constitucionales destinados a solucionar conflictos que versan sobre materia constitucional; esto es la vigencia y aplicación de la Constitución, como cabal expresión del principio de Supremacía Constitucional, tanto en su parte dogmática (Derechos Constitucionales), como en su parte orgánica (Estructura del Estado),.

Samuel Abad Yupanqui define al Derecho Procesal Constitucional como: “una joven disciplina que estudia los procesos constitucionales y los órganos jurisdiccionales encargados de resolverlos, es decir, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”<sup>11</sup>.

En tanto, Walter Díaz Zegarra lo define como: “El conjunto de principios, presupuestos, reglas, normas y procedimientos creados para ser ejercidos ante un juez constitucional y destinados a hacer cumplir el principio de la supremacía de la Carta Fundamental y el respeto de la persona”<sup>12</sup>.

Es muy pertinente, lo expresado por Elvito Rodríguez Domínguez: **“El Derecho Procesal Constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en esta existan normas de naturaleza procesal.** Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional, tales como el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona”<sup>13</sup>.

10. OVALLE FAVELLA, José; Teoría General del Proceso, Tercera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 56.
11. ABAD YUPANQUI, Samuel B; “Derecho Procesal Constitucional”; Lima Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2004, p. 11.
12. DIAZ ZEGARRA, Walter Alfredo “Derecho Procesal Constitucional en el Perú”, Lima Perú, Gráfico Horizonte S.A., 2002, p. 32.
13. RODRIGUEZ, DOMINGUEZ, Elvito A, “Derecho Procesal Constitucional”, Lima Perú, Editora Jurídica GRIJLEY, 1997, p. 16.

Precisamente, la norma que regula los procesos constitucionales es el Código Procesal Constitucional vigente desde diciembre de 2004.

## 2.2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Conforme con las normas constitucionales y las normas procesales constitucionales, en específico el Código Procesal Constitucional podemos concluir que en el Derecho Procesal Constitucional Peruano rigen los siguientes principios:

- a. **Principio Dispositivo o de Iniciativa de Parte:** Se requiere instancia de parte para el inicio del proceso. Al igual que en el proceso civil se aplica la máxima “nemo iudex actore” (no hay proceso sin demanda). Así, por ejemplo el Art. 27 del Código Procesal Constitucional precisa la presentación de la “demanda” de hábeas corpus. Igualmente los Arts. 40 y 41 del acotado norman la presentación de la demanda de amparo.
- b. **Principio Inquisitivo o de Dirección e Impulso del Proceso:**
  - **Impulso:** Los procesos constitucionales, si bien para su inicio requieren de iniciativa de parte, no lo requieren para el seguimiento del proceso.  
Conforme al Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el Juez y el Tribunal Constitucional deben impulsar de oficio los procesos.
  - **Plazos:** Son improrrogables; contrario a lo que sucede, por ejemplo en el Derecho Procesal Penal donde los plazos pueden prorrogarse.
  - **Rige el principio de ultra petita:** es aplicado tanto en el proceso de Inconstitucionalidad como en el de Acción Popular (Art. 78 del Código Procesal Constitucional) al prescribir que la sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.
- c. **Principio de Gratuidad en la Actuación del Demandante:** Atendiendo a la naturaleza especial de los Derechos Constitucionales tutelados; el Código Procesal Constitucional establece, en su Quinta Disposición Final, la no exigencia del pago de tasas judiciales.

- d. **Principio de Economía, Inmediación y Socialización Procesales:** Conforme con los cuales el Juez dirige el proceso constitucional procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. Las audiencias que pudieran haber, así como los medios probatorios, se actúan ante el Juez en forma directa. Conforme al principio de socialización del proceso el Juez debe evitar que la desigualdades entre las personas por razones varias, sean de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecten el desarrollo o resultado del proceso.
- e. **Principio de Primacía de los fines del Proceso:** respecto de la exigencia de formalidades por el que el Juez y el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de formalidades del código al logro de los fines de los procesos constitucionales.
- f. **Principio de Favorecimiento al Proceso:** Por el que si se presentarán dudas respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez o el Tribunal declararán su continuación.

## 2.3. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A decir de Néstor Sagüés, citado por Abad Yupanqui, aquel “tiene dos contenidos básicos: los procesos constitucionales y la magistratura constitucional”<sup>14</sup>.

Al formar parte, el Derecho Procesal Constitucional del Derecho Procesal General; participa del trípode estructural de acción, jurisdicción y proceso. No obstante, convenimos con Samuel Abad Yupanqui que “el Derecho Procesal Constitucional tiene un contenido doble: por un lado, el estudio de los procesos constitucionales, y por el otro el análisis de los órganos jurisdiccionales no políticos que los resuelven”<sup>15</sup>.

### 2.3.1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En materia constitucional, el Estado Peruano encarga la función jurisdiccional tanto al órgano jurisdiccional ordinario (Poder Judicial), como a un órgano especializado (Tribunal Constitucional). Así lo ha establecido el Código Procesal Constitucional en su Título Preliminar Art. IV.

14. ABAD YUPANQUI, Samuel B.; Ob. Cit., p. 34.

15. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; “Procesos Constitucionales y su Jurisdicción; Código Procesal Constitucional”; Editorial RODHAS; 9na Edición, Lima Perú, 2004, p. 31

La potestad jurisdiccional, como función del Estado, se ejerce a través de los órganos del Poder Judicial (Jurisdicción Ordinaria). Tradicionalmente se ha ejercido y se ejerce en materias comunes como es la materia civil, penal, laboral, etc. En el segundo medio siglo XX, en diversos países europeos y en algunos latinoamericanos, y particularmente en estos tres últimos lustros, en el Perú ha surgido y viene afianzándose una jurisdicción especial, como es la jurisdicción constitucional.

La jurisdicción constitucional es aquella ejercida por organismos jurisdiccionales de tipo especial o por el propio Poder Judicial, cuando administra justicia en materia constitucional, empleando para ello también procedimientos constitucionales. Lo particular de esta jurisdicción, es la de controlar la constitucionalidad y velar por el respeto a la Constitución, así como que corre a cargo preferentemente de los llamados tribunales constitucionales<sup>16</sup>.

### 2.3.2. EL PROCESO CONSTITUCIONAL

#### Definición:

Es un instrumento procesal que, establecido en la Constitución y el Código Procesal Constitucional, permite a un órgano de la jurisdicción constitucional (Poder Judicial o Tribunal Constitucional) resolver una controversia fundada en el Derecho Constitucional.

El Código Procesal Constitucional, en concordancia con la Constitución de 1993, regula siete procesos constitucionales: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, de Acción Popular, de Inconstitucionalidad y el Competencial.

### 2.3.3. CLASES DE PROCESOS CONSTITUCIONALES

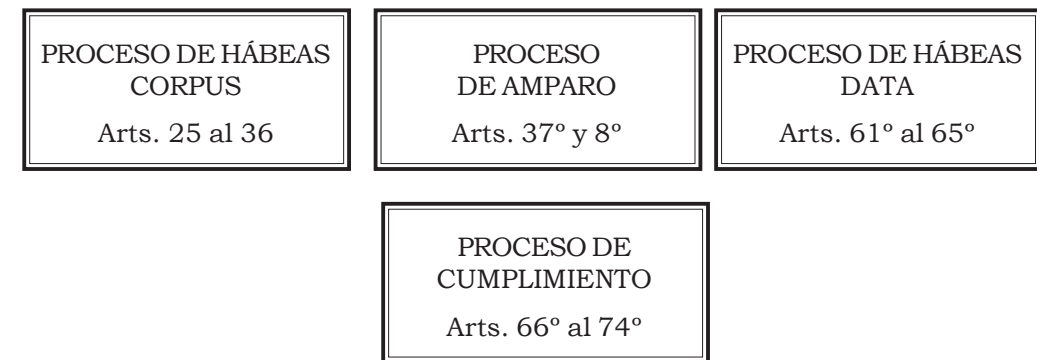
Atendiendo a los mecanismos procesales que tienen por finalidad hacer prevalecer el orden constitucional establecido, vale decir la denominada “protección jurídica de la Constitución”, podemos hablar de:

16. ORTECHO VILLENNA, Víctor Julio; “Procesos Constitucionales y su Jurisdicción; Código Procesal Constitucional”; Editorial RODHAS; 9na Edición, Lima Perú, 2004, p. 31

### A. Procesos Constitucionales de la Libertad

En este rubro encontramos los procesos constitucionales que tienen como función restablecer los derechos de la persona al estado anterior de la amenaza o vulneración del derecho constitucional. Permiten, estos mecanismos procesales, hacer prevalecer la parte dogmática de la Constitución, tenemos los procesos de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data

#### JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD



Tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, el proceso de cumplimiento es un “proceso constitucionalizado”, en esencia no tiene por objeto la protección de un derecho o de un principio constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, mediante el control de la inacción administrativa.

Además, conforme con lo expresado por Abad Yupanqui: “El control difuso, previsto por el artículo 138 de la Constitución, no es un proceso constitucional autónomo sino una atribución que corresponde a todos los jueces que les permite, en cualquier tipo de proceso, preferir en un caso concreto la norma constitucional sobre la de inferior jerarquía. Esta atribución, también puede ejercerse en los procesos constitucionales”<sup>17</sup>.

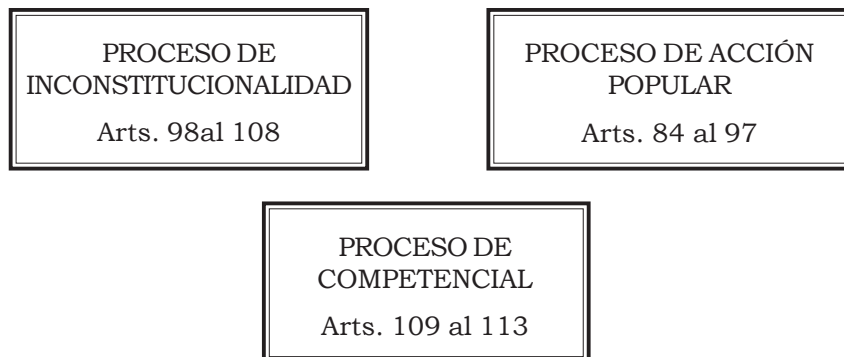
17. ABAD YUPANQUI, Samuel; Ob. Cit. p. 49



**B. Procesos Constitucionales Orgánicos.**

Encontramos en este rubro los procesos constitucionales a través de los cuales se protege a la Constitución de las violaciones producidas por normas, sean éstas ordinarias o reglamentarias. Se garantizan los principios de Supremacía Constitucional y Legalidad. Comprende, además, los mecanismos destinados a solucionar los conflictos entre poderes u órganos del Estado.

Encontramos aquí los procesos de Inconstitucionalidad, Acción Popular y Proceso Competencial.

**3. DIFERENCIAS ENTRE PROCESO CIVIL Y PROCESO CONSTITUCIONAL****PROCESO CIVIL**

- El proceso surge por un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, generalmente tiene contenido patrimonial. Los litigios versan sobre la interpretación o aplicación de normas sustantivas civiles<sup>18</sup>.
- El Juez tiene que establecer a quién le corresponde el derecho y ello requiere de una etapa probatoria.
- El demandado puede consentir, negar o contradecir los argumentos del demandante.
- La labor cognoscitiva del Juez se centra en la actividad probatoria y en la aplicación de la norma sustantiva.
- No es posible resolver más allá del petitorio (ultrapetita). El Juez Civil tiene facultades intrapetita.
- Es posible recurrir a dos instancias. El recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia.

**PROCESO CONSTITUCIONAL (JURISDICCIÓN DE LA LIBERTAD)**

- El proceso no surge por un conflicto intersubjetivo; el proceso gira en torno a un acto lesivo, sometiéndose asuntos relacionados con derechos fundamentales (constitucionales), que por lo general no son susceptibles de valoración económica.
- El Juez tiene que reponer las cosas al “estado anterior” y por ello no hay necesidad de etapa probatoria.
- El demandado va a justificar o legitimar su acción u omisión relacionada con un derecho constitucional.
- La actividad cognoscitiva del Juez va dirigida a solucionar un problema de interpretación o eficacia de la norma constitucional.
- Es posible resolver más allá del petitorio (facultad ultrapetita).
- Se puede recurrir a “tres instancias”. El Tribunal Constitucional, constituye última y definitiva instancia

18. OVALLE FAVELA, Ob. Cit. p. 58

#### 4. FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Conforme con lo dispuesto por el Art. 1° del Código Procesal Constitucional la finalidad de éste tipo de procesos constitucionales [Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento] es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional o disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Hay situaciones en las cuales no se puede reponer las cosas al estado igual, razón por la cual se repondrán a un estado próximo o cercano al que tenían cuando se produjo la violación del derecho constitucional.

#### 5. SITUACIONES QUE SE PRESENTAN EN LA REPARACION DE DERECHOS VULNERADOS

- A) La violación del derecho constitucional es posible de reparar en forma total, con la cual el proceso constitucional habrá cumplido a cabalidad su función.
- B) La violación del derecho constitucional es posible de reparar parcialmente, por ejemplo para el caso de violación del derecho de propiedad, de ser fundada la demanda se restituirá la propiedad al ciudadano lesionado en su derecho, pero puede ser el caso que se haya producido severos daños en el bien restituído.
- C) La violación de un derecho constitucional cuya reparación es imposible. Por ejemplo se le priva a una persona de su libertad y se lesiona su integridad física, y como consecuencia de las lesiones fallece. Estando en curso un hábeas corpus se habrá producido, la llamada “sustracción de materia”.

#### 6. FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

A tenor de lo prescrito por el Art. 75° del Código Procesal Constitucional, éste tipo de procesos (Inconstitucionalidad y Acción Popular) tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Garantizan la vigencia del principio de supremacía constitucional, característico de las constituciones escritas.

#### 7. PROCEDENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

- a) Proceden cuando se **amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión**, de actos de cumplimiento obligatorios (Art. 2° del Código Procesal Constitucional)
  - **Acción.-** Conductas positivas (hechos) dirigidos a la violación o amenaza de violación del derecho de libertad personal y conexos. Es la exteriorización de la personalidad de su actor, orientada hacia un resultado.
  - **Omisiones.-** Abstención de hacer actos debidos, referidos a derechos constitucionales. Obligaciones de hacer que están determinadas y su dilación puede causar una violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.
  - **Violación.-** Daño a una persona respecto de su derecho reconocido en la Constitución (libertad personal y conexos, etc.) mediante un actuar u omitir hacer un acto de debido cumplimiento. En este caso se utilizaría el denominado Hábeas Corpus reparador.
  - **Amenaza.-** Se pretende, se quiere hacer un daño a otro; debe ser inminente, posible; y previsible (pudiéndose aplicar el llamado Hábeas Corpus preventivo).
- b) **Cuando la violación o amenaza se basa en una norma que sea incompatible con la Constitución.** (Art. 3 del Código Procesal Constitucional)
 

No se impugna la validez de una norma jurídica de carácter general, sino que se ataca al acto que basado en esa norma jurídica de carácter general viola un derecho reconocido en la Constitución. La resolución final deberá declarar que el acto basado en la norma jurídica es inaplicable al caso concreto.

Posteriormente, se establecerá si la norma legal es inconstitucional, siendo la vía idónea el proceso de inconstitucionalidad.
- c) **Contra resolución judicial, dictada con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva** (Art. 4° del Código Procesal Constitucional)
 

Así tenemos que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

Igualmente, el hábeas corpus procede contra una resolución judicial firme que vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Este artículo define la tutela procesal efectiva como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

#### **8. IMPROCEDENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES (Art. 5 del Código Procesal Constitucional)**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus. Esto por cuanto el Código Procesal Constitucional implantó un modelo de amparo subsidiario o residual, es decir el amparo solo deberá ser utilizado cuando no exista otro medio judicial que permita proteger de manera efectiva el derecho constitucional.
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. Enfatiza el carácter subsidiario del amparo, las “vías paralelas” son aquellos procesos ordinarios dentro de un determinado ordenamiento jurídico procesal, que no obstante ser diferentes en cuanto al procedimiento del amparo, procuran al justiciable la consecución de un mismo resultado práctico.
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el Código y en el proceso de hábeas corpus.

5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable; cuando la violación se ha convertido en irreparable (el Amparo no busca ni la sanción ni la reparación del daño. Hay otras vías procesales para estos fines, distintas de las del Amparo). Si ya no existe, a la presentación de la demanda, amenaza ni violación de un derecho constitucional carece de objeto el pronunciamiento del juzgador, pues los derechos se encuentran restablecidos. Por la Vía Penal se establecerá la responsabilidad de las personas que han vulnerado los derechos constitucionales. O en la vía Civil se exigirá la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Si la violación se ha convertido en irreparable, carece de objeto que el juzgador se pronuncie por que tal fallo sería de imposible cumplimiento. Es la vía penal donde se establecerá la responsabilidad correspondiente.

6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia.
7. Se cuestionen las 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.
8. Se cuestionan las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando afecten derechos fundamentales por violación del debido proceso. La Constitución Política de 1993 en su Art. 142 prescribe: “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”. Asimismo, el artículo 181 estipula que las resoluciones del pleno del Jurado Nacional de Elecciones, son dictadas en instancia final definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

La razón que se esgrime para que no proceda recurso alguno, contra las resoluciones emitidas por el JNE en materia electoral es por seguridad jurídica, pues de entablarse algún litigio en la vía ordinaria o constitucional, esto llevaría un periodo prolongado de incertidumbre, hasta la resolución final. No obstante, el

Tribunal Constitucional ha precisado que sí cabe la revisión de fallos del Jurado Nacional de Elecciones, cuando afecten derechos fundamentales, en cuanto se vulnere el derecho de acceso a la justicia como manifestación del debido proceso. (Exp. N° 007-2007-PI/TC Pub. 22/06/2007, se declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del art. 5 numeral 8 del Código Procesal Constitucional).

Para el caso de las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces la prohibición tendría razones valederas. Pero, claro está, toda medida de este tipo debe respetar las reglas del debido proceso (con el correspondiente derecho de audiencia y oportunidad probatoria para el interesado), y consecuentemente también debe estar debidamente motivada (con expresión de las razones fácticas y jurídicas que la sustenten). Caso contrario, el empleo del amparo resultará plenamente viable.

9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes. Lo que se ha tratado de limitar es que se produzca acciones de garantía del Estado contra el propio Estado. Pues, se sostenía que el Estado (Poder Ejecutivo, Ministerios, Instituciones Públicas, Municipalidades, etc) no tienen derechos sino atribuciones que cumplir en beneficio de la comunidad. Lo que resulta controversial pues el Estado es un sujeto esencialmente de derecho público, con doble personalidad una cuando actúa dando órdenes y otra cuando participa como particular al contratar.
10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus. Para el caso del Amparo, el plazo para la interposición de la demanda prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación. Para el caso de Amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Y es de treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena

se cumpla lo decidido (art. 44 del Código Procesal Constitucional).

Tratándose de que estos casos de improcedencia tienen que ver más con el proceso de amparo; en el Capítulo VI serán tratados con mayor amplitud.

## 9. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

- a) Mediante los procesos constitucionales no se crean, modifican o extinguen derechos, sino se protegen derechos reconocidos, que se encuentran en la esfera de dominio de la persona. La demanda debe ser clara, que con los documentos adjuntados esté acreditada la violación de un derecho constitucional. Los procesos constitucionales no otorgan derechos, pues no tienen etapa probatoria.
- b) No tienen etapa probatoria por esta razón, cuando se demande o cuando se conteste la prueba que se adjunte debe ser inmediata, instantánea y autosuficiente es decir que no requiera de actuación (como el medio probatorio documental).
- c) No es vía idónea para tramitar la resolución de conflictos en los cuales es necesario probar hechos controvertidos. El derecho debe ser cierto y exigible (El ciudadano que alega lesión del derecho de propiedad debe tener un título que lo acredite como tal, por ejemplo). Se privilegia una cognición sumaria de la cuestión demandada en reemplazo de la cognición plena, propia de los procedimientos que tutelan derechos privados. Esto quiere decir que se opta por una justicia de probabilidad antes que por una justicia de certeza.
- d) En los procesos constitucionales sólo puede pedirse protección respecto de los derechos de los ciudadanos reconocidos en la Constitución Política, el Código Procesal Constitucional y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Estado. Por ejemplo, por lesión del derecho de Propiedad reconocido por la Constitución de 1993. En tanto que el derecho de posesión no está reconocido en la Constitución sino en una ley infraconstitucional (Código Civil), por esto no se podrá interponer proceso de Amparo por lesión o violación al derecho de posesión, para este derecho existen otras vías que son las pertinentes (interdictos posesorios).

### 10. INTEGRACIÓN DE DECISIONES (Art. 11 del Código Procesal Constitucional)

Los jueces superiores integrarán las decisiones cuando adviertan alguna omisión a la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión.

Posibilita que el Superior pueda corregir las omisiones y también pronunciarse sobre el fondo en sentido diverso de la resolución materia de la alzada. Si se advierte una vulneración en cuanto a la forma de llevarse el proceso, no subsanable; debe entonces regresar el expediente al órgano que vulneró las normas del debido proceso, para ello se anula la resolución materia de grado y se repone la causa al estado en que se produjo el quebranto de la forma, y posteriormente se dicte nueva resolución la misma que puede ser revisada, a fin de garantizar el principio de pluralidad de instancias (revisión de fondo y forma).

### 11. PRECEDENTE VINCULANTE: Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

“Se trata de la previsión a nivel positivo del instituto del precedente, pero no de cualquier manifestación que este puede albergar, sino de una en particular: “el precedente constitucional vinculante”<sup>19</sup>. Conforme con esta institución de origen anglosajón en determinadas circunstancias la sentencia constitucional actúa como verdadera fuente de derecho. En suma, el precedente constituye el fenómeno de creación Jurisdiccional de Derecho, con la pretensión de equilibrar la concepción del Juez como simple aplicador de Derecho (tradición jurídica del civil law), con la de un juez capaz de contribuir en su concretización, a través del proceso interpretativo o integrativo (tradición jurídica del common law). Con la instauración del precedente constitucional vinculante en nuestro sistema jurídico de tradición romano germánico, se pretende generar predictibilidad y seguridad jurídica<sup>20</sup> en las decisiones jurisdiccionales,

19. GRANDEZ CASTRO, Pedro F.; Módulo de Precedentes Vinculantes; Academia de la Magistratura, Lima 2009, p. 82

20. GRANDEZ CASTRO, Pedro F.; Ob. Cit. p. 82

es decir atenuar un tanto las múltiples posibilidades de interpretación que subyacen en un sistema jurídico como el nuestro, por notoria influencia del sistema del civil law.

En definitiva se busca dotar de la mayor predictibilidad posible al máximo intérprete de la Constitución. “Mediante el precedente, el Tribunal Constitucional ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto” (Exp. N° 3741-2004-AA/TC).

El Tribunal Constitucional en el caso Salazar Yarlequé vs Municipalidad de Surquillo (Exp 3741-2004-AA/TC); así como en el caso Municipalidad Distrital de Lurín contra Municipalidad Provincial de Huarochirí (Exp. N° 0024-2003-AI/TC), estableció los presupuestos básicos para la expedición de un precedente vinculante, a saber:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación a la misma.
- c) Cuando se evidencia un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.
  - La interpretación constitucional efectuada por el Tribunal Constitucional tiene especial relevancia debido a la mayor presencia de principios generales, de valores susceptibles de distinta interpretación y especificación. La interpretación constitucional persigue desentrañar el significado y contenido de las normas constitucionales; y debe hacerse teniendo una visión de “constitución viviente”, es decir que sus normas respondan a la realidad. En el Perú el sistema jurídico nos ha encasillado en un pensamiento casi literal y legalista, los

operadores del derecho recurren a estas dos maneras de interpretar los textos legales, obviando una interpretación sistémica y deontológica de la Constitución, en cuanto norma jurídica-política.

## Capítulo II

### **JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORGÁNICA: PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **1. NOCIONES PRELIMINARES**

Es necesario que toda Constitución tenga mecanismos procesales de defensa para evitar que gobernantes o particulares, cometan abusos de poder (político, económico, etc.), en detrimento de los más débiles.

El proceso de inconstitucionalidad aparece para hacer prevalecer el principio de Supremacía de la Constitución sobre toda norma legal inferior que se le oponga, en razón de ser este principio base de toda Constitución escrita. “El Proceso de Inconstitucionalidad es uno de los mecanismos que permite la defensa de la Constitución. Este proceso fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución de 1979, la cual asignó al Tribunal de Garantías Constitucionales (hoy Tribunal Constitucional) la competencia y su resolución como instancia única<sup>21</sup>”.

#### **2. ANTECEDENTES**

Se acepta de modo unánime que el control de la constitucionalidad de las leyes aparece en el continente europeo, específicamente en Inglaterra, con el Tribunal de Common Pleas, con la decisión del Juez Edwar Coke al resolver el “caso del Dr. Thomas Bonham (1610), médico de profesión. Al ser evaluado Bonham por el Royal College of Physician, fue descalificado para el ejercicio de la profesión de médico y prohibido de

21. HUERTA GUERRERO Luis, Alberto; “Código Procesal Constitucional (El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú)”, Trujillo Perú, Editorial Normas Legales, p. 147

ejercer la profesión; al hacer caso omiso de la decisión, Bonham fue sentenciado a pena de privación de la libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII que posteriormente fue convertida en ley. El Juez Coke afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey (que el Royal College no tenía competencia para el caso en cuestión y que la ley que le daba tal competencia debe ser considerada nula), sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Esta facultad, posteriormente denominada *judicial review*; fue reconocida muy pocas veces por los juzgadores ingleses. Más adelante, la Revolución de 1688, al consagrar la supremacía del parlamento, determinó el decaimiento de esta potestad que consistía, precisamente, en un examen judicial de la actividad parlamentaria.

En los orígenes de esta férrea lucha por la independencia del Poder Judicial que se dio en Inglaterra, encontramos también la notable influencia del Juez Coke dando una dura batalla, en una época en la cual reyes como los Estuardo los tomaban como servidores suyos. La postura de Coke sobre este tema finalmente triunfó y fue consagrada en el “Act of Settlement” de 1701, mediante la cual se consagra y ratifica la costumbre que se había venido desarrollando respecto de la inamovilidad en el cargo del Juez y su posición como intérprete y aplicador casi exclusivo de la ley.

La postura de Coke, fuertemente anclada en el pensamiento *jusnaturalista*, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien se discute si Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, se afirma le proporcionó sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, esto contribuyó a crear, decididamente, las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.

El Juez Coke, investido como tal durante el reinado de Jacobo I de la dinastía de los Estuardo, fue la figura emblemática de un proceso que fue fundamental para el surgimiento de la facultad jurisdiccional de controlar la constitucionalidad de las leyes, el llamado “*Judicial Review*” del derecho anglosajón.

Si bien los orígenes del control de la constitucionalidad de las leyes se encuentran en Europa (Inglaterra) no es ahí donde se va a desarrollar con nitidez, esto por cuanto en la Europa de aquellos tiempos primaba el pensamiento de que la Ley era la voluntad soberana del pueblo expresada por sus representantes en el Parlamento y que los jueces eran los súbditos

del príncipe o monarca. Lo contrario sucedía en Norteamérica, donde los jueces eran los que protegían a los ciudadanos contra el abuso de poder de los gobernantes. Así Fernández Segado, expresa “La doctrina de la “*judicial review*” puede, en cierto modo, considerarse originada en Europa, aceptada como doctrina en Estados Unidos y vuelta a Europa una vez elaborada y expandida por los jueces norteamericanos”<sup>22</sup>.

Es, precisamente en el célebre fallo del Juez John Marshall de 1803 donde se establece que la Constitución es norma suprema en todo el ordenamiento jurídico y que una ley contraria a ella debe ser ignorada; este pensamiento norteamericano va nuevamente a regresar a sus orígenes y ser inspiración de un nuevo modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, muy influyente en algunas codificaciones de Europa posteriores a las guerras mundiales.

### 3. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

Todas las Constituciones que hemos tenido, en mayor o menor intensidad, han expresado cierto respeto por el principio de supremacía constitucional, expresado en el Control de la Constitucionalidad de las normas, aunque, en un inicio, expresado como control político. En nuestra historia constitucional fue permanente el establecimiento de diversos mecanismos de Defensa Constitucional de carácter político, siempre atribuidos al poder legislativo lo que evidenciaba cierta intención de consagrar alguna forma de control.

- El artículo 10 de la Constitución de 1856 prescribía: “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Este dispositivo constitucional fue el primero en que de manera expresa se consagraba el principio de que sería inválido todo acto legislativo dictado en contravención de las normas fundamentales, pero carecía de un mecanismo procesal que garantizara su cumplimiento, en razón de que era el Congreso el encargado de hacerlo respetar. Este dispositivo en las siguientes Constituciones, no fue reproducido, por razones políticas, debido al predominio de la Teoría de la Soberanía del Parlamento, originaria de Francia.
- Es en 1923 en que, con ocasión de las discusiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, se examina la posibilidad de estatuir legislativamente alguna forma de revisión judicial de las leyes,

22. FERNANDEZ SEGADO, Sistema Constitucional Español; Editorial Dickinson, España 1992, p. 1037.

inspirados en el modelo americano de control a cargo del Poder Judicial. Producto de numerosas discusiones, en que se debatió tanto la constitucionalidad de una medida de esta naturaleza, como su amplitud y el órgano encargado de resolver, se convino en proponer una fórmula que facultara a todos los jueces a declarar la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución. Esta alcanzó consagración legislativa, con la promulgación del Código Civil de 1936.

- El primer gran intento de expresar normativamente la institución del control de inaplicabilidad en nuestro país data del proyecto de Constitución presentado a la Asamblea Constituyente de 1919 por la Comisión presidida por don Javier Pardo; sin embargo la propuesta no fue tomada en cuenta por la Constitución de 1920.
- En 1931, con el anteproyecto de Constitución de la denominada “Comisión Villarán” se pretendió incorporar la revisión judicial siguiendo el modelo norteamericano, pero esta propuesta tampoco fue acogida en la Carta de 1933. El Congreso Constituyente de 1931, que aprobó la Carta de 1933, prefirió, por el contrario, adoptar como solución el otorgar al Congreso la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas subordinadas. Así, el artículo 26 de la Constitución de 1933, establecía: “Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”.

El artículo 123°, al enumerar las facultades del Poder Legislativo, señalaba lo siguiente en el inciso 4: “Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

- El control que adoptó el Constituyente de 1931 fue un modelo político de control de la legalidad y constitucionalidad, que es ejercido por el mismo Congreso. Fue muy difícil efectuar este control, porque las Cámaras rara vez ponen en tela de juicio lo que ellas mismas han acordado, incluso, por un mal entendido “espíritu de cuerpo”, es difícil que dejen sin efecto lo aprobado por sus predecesores.
- El Código Civil de 1936 en el Título Preliminar, artículo XXII, introduce la institución del control difuso consagrando el siguiente principio: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”. El dispositivo promulgado introdujo el sistema de control difuso que podía ser ejercitado por

todos los jueces, no se requería de un procedimiento especial para el ejercicio de este control. No obstante, que la Constitución de 1933 no incorpora el control difuso; en el artículo 133 si contempló alguna forma de Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las normas a través de la Acción Popular, de vieja tradición romana, como mecanismo procesal para la impugnación de las normas administrativas emanadas del Poder Ejecutivo.

- En 1963. La Ley Orgánica del Poder Judicial – Decreto Ley N° 14605 – reguló el procedimiento de acción popular; así se estableció:
  - **Artículo 7°** “La acción que concede el artículo 133° de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado”.
  - **Artículo 8°.** “Cuando los Jueces y Tribunales, al conocer cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera”.

Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

La sentencia de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese el recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o las leyes”.

- El artículo 236° de la Constitución de 1979 prescribe: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda norma subalterna”.

#### 4. NATURALEZA PROCESAL

La tradición jurídica acuñó el término de acción de inconstitucionalidad, sin embargo, se trata más bien de un proceso constitucional, conforme es de verse de las ideas matrices tenidas en cuenta para la elaboración del Código Procesal Constitucional: “... se debe



modernizar la nomenclatura clásica, adoptando la denominación de “procesos constitucionales” y dejando de lado el de “acciones” o procesos de garantía...”<sup>23</sup>

Siendo necesario determinar qué tipo de proceso es. La naturaleza jurídica del proceso de inconstitucionalidad que establece la legislación nacional, es la de un proceso constitucional de tipo cognoscitivo (control abstracto de normas) con características especiales donde no hay etapa probatoria, debido a que el derecho nacional no es materia de prueba.

- **Proceso de Cognición.-** Supone la existencia de una incertidumbre, respecto de un derecho de una relación jurídica cuestionada en concreto. Estando comprendido el proceso de inconstitucionalidad en este tipo de proceso, pues su objeto, generalmente, es aniquilar o derogar una norma jurídica que colisiona con la Constitución, por fondo o forma.
- **Proceso de Condena.-** El proceso de Inconstitucionalidad no busca imponer una condena para el órgano que emitió una norma jurídica, lo que pretende es aniquilar o derogar la norma jurídica que contraviene la Constitución.
- **Proceso de Ejecución.-** Cuando hay la certeza del derecho y correlativamente una obligación insatisfecha. El instrumento constituye título de ejecución.
- **Proceso Cautelar.-** Preserva o evita un daño irreparable en los derechos de los justiciables, protegiendo el bien jurídico que se demanda. Es un proceso auxiliar, al servicio de otro proceso para que la resolución final no sea ineficaz. El proceso de inconstitucionalidad, por el contrario, es un proceso autónomo con una finalidad definida.

## 5. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

El proceso de inconstitucionalidad tiene hondas raíces filosóficas, como son el respeto y sometimiento al “acuerdo jurídico político” de gobernantes y gobernados (Ley fundante implícita en toda sociedad organizada) que autorizó al poder constituyente elaborar y promulgar la Constitución Política de un Estado.

23. Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional”, Lima Perú, ADED, 2004, pp. 2,3.

Las normas siempre deben estar al servicio del hombre, para lograr el bien común de la sociedad. Así, la Carta Política de 1993 en su artículo 1, prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Así, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el sometimiento del hombre (gobernantes y gobernados a la Constitución) como expresión de la voluntad general. Melquiades Castillo comentando a Rousseau, expresa: “Se es libre aunque sometido a las leyes, y no cuando se obedece a un hombre, pues en este último caso, se está obedeciendo a la voluntad de otros, mientras obedeciendo a la ley no obedezco sino a la **voluntad general** que es la mía en tanto y en cuanto es la de cada uno”<sup>24</sup>.

## 6. BASE JURÍDICO – DOCTRINAL

El proceso de Inconstitucionalidad encuentra sustento en presupuestos doctrinarios del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional:

- **Soberanía.-** Atributo de poder del Estado; es poder juridizado, es decir encuadrado por el derecho<sup>25</sup> para determinar por sí mismo su vida interna, y actuar en la comunidad internacional sin sujetarse a los demás Estados; y siendo que es voluntad, la soberanía es un derecho subjetivo del Estado.
- **Constitución.-** Ley superior y fundamental que fija las bases de organización y funcionamiento del Estado y que establece los parámetros legales restrictivos del poder (autolimitación), con el correspondiente reconocimiento de mecanismos procesales tendientes a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de la persona.
- **Supremacía Constitucional.-** Toda ley por su carácter infraconstitucional se somete y debe respetar a la Constitución. Este es principio propio de toda Constitución escrita.

24. CASTILLO Melquiades; “Filosofía del Derecho”; Editorial FECAT; Segunda Edición; Lima Perú, 1994, p. 54.

25. FERRERO R., Raúl; Ob. Cit., p. 133.

### El Ordenamiento Jurídico y sus características:

- a) **Unidad.-** Puesto que todo el ordenamiento jurídico reposa en la norma fundamental (Constitución). Esto por cuanto constituye expresión del contrato social, reconocido por el poder originario (Constituyente) que le dio origen.
- b) **Coherencia.-** Las normas jurídicas no deben ser contradictorias o incompatibles. Al respecto el Art. 138° de la Constitución prescribe: “.. de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces preferirán la primera, igualmente prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior”
- c) **Plenitud.-** El ordenamiento jurídico brinda una respuesta jurídica a todo conflicto que se le plantea, pese a vacíos o deficiencias de las normas jurídicas. Conforme con lo prescrito por el Art. 139° inc. 8 de la Constitución, se estatuye el principio 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.

## 7. SISTEMAS DE DEFENSA CONSTITUCIONAL

### A. Sistema Norteamericano o Difuso o Judicial Review

Tiene su origen en el célebre fallo expedido, en 1803, en el caso *Marbury vs Madison*, por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en particular por el Juez John Marshall. En el cual se fijó como principio la supremacía de la Constitución del Estado por encima de cualquier Ley que se le oponga. Aplicando el *Stare Decisis* (precedente vinculante u obligatorio), la norma declarada inconstitucional por la Corte Suprema terminó siendo inaplicable por todos los jueces de los Estados Unidos con lo cual el criterio adoptado terminó por producir efectos generales y no solo para las partes. “En 1803, en el famoso caso “*Marbury vs Madison*, la Corte Suprema de los Estados Unidos consagró la atribución del Poder Judicial de hacer uso de la “judicial review” o control difuso”<sup>26</sup>.

26. ABAD YUPANQUI, Samuel A.; Ob. Cit., p. 60

El sistema norteamericano basa su estructura de jurisdicción constitucional en el propio Poder Judicial (jueces ordinarios sin importar su jerarquía a quienes se les encarga la defensa y control de la Constitución). “En el sistema norteamericano, todos los órganos judiciales ordinarios pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias suscitadas ante ellos; se trata, pues, de una jurisdicción “difusa”, que, sin embargo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa y contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa de correctivo del sistema”<sup>27</sup>.

### Características

- a) **Difuso.-** Todos los jueces de la República pueden ejercer este control.
- b) **Incidental.-** Se plantea en el desarrollo de un proceso en concreto, donde se observa que la ley a aplicar por el juzgador contradice la norma Constitucional, es decir no se tramita en vía de acción. En el modelo norteamericano, la ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la presunta inconstitucionalidad solo puede hacerse valer como cuestión incidental de cuya resolución depende la decisión que sobre el caso principal ha de adoptar el juez competente<sup>28</sup>.
- c) **Especial.-** La sentencia tiene efectos inter partes, solo vincula a las partes que intervienen en el proceso y es oponible a terceros. Se debe tener presente, no obstante que el principio de “*stare decisis*” puede llegar a operar de modo semejante a la acción de inconstitucionalidad, terminando, indirectamente, por asumir una auténtica y verdadera eficacia “*erga omnes*”, y no limitándose a generar un mero efecto de desaplicación de la ley a un caso singular. Con la posibilidad, sin embargo, de que en otros supuestos la ley sea nuevamente aplicada<sup>29</sup>.
- d) **Declarativo.-** Tiene por finalidad la constatación de un derecho. Declara que la norma legal a ser aplicada es incompatible con la Constitución, por lo que no debe aplicarse al caso concreto; pero no deroga la norma legal incompatible con la Constitución.

27. FERNANDEZ SEGADO; Ob. Cit., p. 1046

28. FERNANDEZ SEGADO; Ob. Cit., pp. 1046 y 1047

29. FERNANDEZ SEGADO; Ob. Cit., p. 1048

## B. Sistema Europeo o Concentrado

Surge a partir de la notable obra del jurista vienés Hans Kelsen en sus libros: Teoría General del Derecho, Teoría Pura del Derecho y el Positivismo Jurídico. Plasmándose con el proyecto de 1918, luego, Ley en 1919 y se constitucionaliza en 1920; perfeccionándose en el año 1929.

Abad Yupanqui señala: “Kelsen conocía el control difuso pero desestimó su traslado a los países europeos por diversas razones, entre ellas, porque tales ordenamientos carecen de jurisprudencia vinculante y por ello requerían de un órgano que centralice el control de constitucionalidad de las normas”<sup>30</sup>.

El sistema de control concentrado o ad hoc o europeo, basa su estructura en un órgano del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales. Integrado por magistrados ajenos orgánicamente al Poder Judicial, con la facultad de derogar una ley inconstitucional con efectos generales.

“América Latina recibió esta experiencia europea y así, por vez primera, aparece un Tribunal Constitucional en Guatemala (1965-1985), que luego se expande a países como Chile, Ecuador, Perú, Colombia, y Bolivia”<sup>31</sup>.

### Características

- a) **Concentrado.-** Existe un organismo especializado encargado de resolver los conflictos constitucionales.
- b) **Principal.-** La pretensión se plantea en vía de acción. Es decir, en un proceso en concreto para derogar la ley, cuando la norma legal es incompatible con la Constitución se le denomina control normativo abstracto. Estamos frente a un proceso de impugnación directa, lo que amplía enormemente las posibilidades de control de constitucionalidad en cuanto que la impugnación de una norma legal no se vincula a la existencia de una “litis” en concreto<sup>32</sup>.

30. ABAD YUPANQUI, Samuel A.; Ob. Cit., p. 62

31. ABAD YUPANQUI, Samuel A.; Ob. Cit., p. 62

32. FERNANDEZ SEGADO; Ob. Cit., p. 1047

- c) **General.-** Los efectos de la sentencia son de carácter general al derogar la ley cuestionada. A partir de dicho momento ninguna autoridad puede aplicar dicha norma.
- d) **Constitutivo.-** Tiene por finalidad el aniquilamiento de una norma. El proceso constitutivo persigue que se establezca o constituya mediante sentencia un nuevo estado o una nueva situación.

## C) Sistema Político o Socialista

En este sistema la defensa de la supremacía constitucional está a cargo del propio poder legislativo, corresponde a este conocer las infracciones a la Constitución.

En Francia se estableció el Consejo Constitucional el cual ejerce un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, si el Consejo consideraba que la ley es inconstitucional, la Constitución prevalece y la ley es sacrificada.

“En el caso de Cuba, país socialista que sigue manteniendo su sistema, encarga el control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas o de otras equivalentes, a la Asamblea Nacional del Poder Popular, según su Constitución de 1976”<sup>33</sup>.

Casi en todos los Países sus modelos han introducido variantes, de acuerdo a la realidad jurídico-político del Estado que se trate.

## 8. VARIANTES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Los modelos puros terminan siendo mezclados o ejercitados en forma paralela, ya sea se trate de la inconstitucionalidad como control normativo abstracto (vía directa), o como excepción de inconstitucionalidad (vía indirecta o incidental). Debemos tener en cuenta lo siguiente:

- a) **El Control.-** según el momento en que se ejerce el control constitucional.
  - **Control preventivo.-** la revisión se realiza a priori, es decir antes que la norma jurídica entre en vigencia.

33. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; Procesos Constitucionales y su Jurisdicción”; Editorial Rodhas, Lima 2004; p. 37

“En algunos países se ha previsto la posibilidad de que sus respectivos tribunales constitucionales realicen una revisión previa de la constitucionalidad de determinadas normas, es decir, luego de que han sido aprobadas y antes de su promulgación. Es ilustrativo el caso de Colombia en el artículo 241 inciso 8 de su Constitución”<sup>34</sup>.

- **Control represivo.-** la revisión de la norma se realiza a posteriori, es decir cuando ya fue promulgada la ley contraria a la Constitución.

#### b) **Por los Efectos de la Sentencia que Resuelve el Conflicto Constitucional**

- **Erga Omnes o Generales.-** se da cuando la sentencia, expedida en un proceso de inconstitucionalidad en que se demanda directamente la invalidez de una norma jurídica; deroga o abroga la norma contraria a la Constitución.
- **Inter Partes o Particulares.-** proceso en el que incidentalmente se trató la inconstitucionalidad de una ley. La sentencia expedida en caso declare inaplicable a la ley, solo produce efecto entre las partes que intervinieron en dicho proceso.

#### c) **Legitimidad para demandar la inconstitucionalidad de una ley**

- **Agravio directo.-** el demandado está legitimado para interponer la acción, pues sufre el perjuicio directo de la norma impugnada.
- **Sin agravio.-** cualquier ciudadano puede accionar el proceso de inconstitucionalidad (vía directa). Es obvio que cuando se realiza la inconstitucionalidad en vía de excepción tiene que haber agravio.

Para Walter Díaz Zegarra, “Es inadecuado hablar que la inconstitucionalidad se puede hacer en vía de excepción, lo correcto sería hablar de una cuestión preliminar, la cual será debatida antes de sentenciar el fondo del asunto. Aquí nos referimos al caso que ya existe un proceso donde se debate una controversia sobre algún derecho y que en la secuela del proceso aparece que la norma aplicada o por aplicar es contraria a la Constitución (Control de inaplicabilidad o difuso)”<sup>35</sup>.

34. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Ob. Cit. p. 154

35. DIAZ ZEGARRA, Walter Alfredo; Ob. Cit, p. 58

#### d) **Modelos de Sistema**

- **Originario.-** Se utiliza cualquiera de los tipos de sistema de control de la constitucionalidad: Difuso, Concentrado o Político.
- **Mixto.-** Cuando el modelo de control difuso y el concentrado se han mezclado en sus elementos característicos. Ejemplo: Colombia, Uruguay, Ecuador, El Salvador.
- **Dual.-** Existe el modelo de control difuso y concentrado, sin haberse mezclado. Por ejemplo: México, Guatemala, Chile.

### 9. **EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

En el Perú, el proceso de Inconstitucionalidad es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, constituyéndose éste en un órgano jurídico – político. (Art. 201° de la Constitución en concordancia con el Art. 98° del Código Procesal Constitucional).

Los órganos en el Perú, que se encargan de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución son:

- a) Tribunal Constitucional ( Proceso de Inconstitucionalidad y procesos constitucionales personales o de la libertad mediante el control de inaplicabilidad).
- b) Poder Judicial (Procesos constitucionales personales; Acción Popular y control de inaplicabilidad por parte de los jueces).

La Constitución de 1979 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano especializado en la defensa de la Constitución y el mecanismo por medio de la cual se garantiza el principio de supremacía de la Constitución (Acción de Inconstitucionalidad, hoy proceso de Inconstitucionalidad). Este modelo es seguido por la actual Constitución de 1993, en su Art. 200 inciso 4 que textualmente dice: “La Acción de Inconstitucionalidad (proceso de Inconstitucionalidad) que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”; en tanto que el Art. 201 prescribe: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años ...”.

El Código Procesal Constitucional regula el proceso de inconstitucionalidad en el Título VIII Arts. 98° al 108°.

### 9.1. DEFINICIÓN

Es un proceso de **naturaleza especial** que se interpone ante el Tribunal Constitucional. Es especial, no solo porque se entabla ante un organismo sui generis y de alto nivel, sino también por su objeto: **Procede contra las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, el reglamento del congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales, que contravienen la Constitución.**

“Es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto. Con él se posibilita el enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional del acto del legislador directamente, sin ningún tipo de mediación ulterior”<sup>36</sup>.

El control de normas es la única competencia natural del Tribunal Constitucional, esto es, la única competencia que tienen todos los Tribunales Constitucionales sin excepción. En las demás hay coincidencia en algunas con algunos Tribunales Constitucionales y no coincidencia con otros, lo mismo que ocurre con las competencias que ellos tienen atribuidas. Pero, el control de normas es una competencia general, una conditio sine qua non para la existencia del órgano<sup>37</sup>.

La inconstitucionalidad de una norma puede ser de forma o de fondo. La primera deriva de una aprobación, de una promulgación o publicación que no sea la prescrita por la Constitución. Y la otra, cuando se transgreden disposiciones o se conculcan derechos que ella expresamente señala.

El Tribunal Constitucional no puede avocarse de oficio a conocer un proceso de inconstitucionalidad de una ley; es decir, requiere que las personas legitimadas ejerciten la acción de inconstitucionalidad mediante la presentación de la demanda respectiva.

36. PEREZ ROYO, Javier; Ob. Cit., p. 937.

37. PEREZ ROYO, Javier; Ob. Cit., pp. 934 y 935.

### 9.2. PRESCRIPCIÓN

Conforme con lo prescrito por el Art. 100 del Código Procesal Constitucional, la demanda de inconstitucionalidad debe interponerse en los siguientes plazos:

- Tratándose de la inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación.
- Y para el caso de tratados el plazo es de seis meses.
- Este plazo de prescripción deja a salvo la posibilidad de que los órganos administrativos y el Poder Judicial puedan inaplicar la norma que consideren inconstitucional (Artículo 51° y 138° de la Constitución).

“Los jueces pueden hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, lo cual confirma el carácter mixto de nuestro sistema de control constitucional abstracto de normas”<sup>38</sup>.

### 9.3. FINALIDAD

Mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal garantiza la supremacía de la Constitución y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, las leyes y normas jurídicas con rango de ley.

### 9.4. ETAPAS EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El proceso de inconstitucionalidad tiene las siguientes etapas:

- a) **Etapa Postulatoria o Expositiva.-** Se da con la presentación de la demanda que contiene la pretensión de inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley. (Arts. 101° y 102° del Código Procesal Constitucional).
- b) **Etapa Conclusiva (Deliberativa).-** Se realizan alegatos y conclusiones sobre todo lo actuado en el proceso. (Art. 107 del código)
- c) **Etapa Resolutiva.-** Expedición de la Sentencia o decisión judicial de la pretensión. (Arts. 104° y 108° del código).

38. HUERTA GUERRERO Luis Alberto, Op. Cit. pp. 161.

**d) Etapa de Ejecución.-** Cumplimiento de la decisión judicial (Art. 81° del Código Procesal Constitucional)

En este proceso no existe etapa probatoria, pues se trata de un proceso de puro derecho, al confrontarse una norma con rango de ley y la Constitución; siendo principio que el derecho nacional no es objeto de prueba. Tampoco existe etapa impugnativa, en razón de que lo resuelto por el Tribunal Constitucional no es objeto de revisión por otro órgano estatal.

## 9.5. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY

### a) Cuando son contrarias a la Constitución por el fondo

Una norma con rango de Ley puede ser contraria a la Constitución por contravenir:

- La jerarquía normativa de la Constitución respecto a las leyes (principio de jerarquía).
- La distribución de materias, otorgadas de manera exclusiva, por su naturaleza a determinados órganos estatales (principio de competencia).

La jerarquía es un conjunto de reglas respecto de la constitucionalidad y validez de las normas; por esto las que ocupan una posición inferior, pierden validez, desaparecen como normas, cuando contradicen a las que ocupan una posición superior. Precisamente el Art. 138° de la Constitución prescribe: “... en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

La distribución de materias se le denomina también distribución de competencias, por la cual se establece que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por cierta clase de normas y no por otras.

En la legislación peruana existe una jerarquía de normas, así tenemos:

- Constitución Política.
- Rango de Ley:
  - La ley, resoluciones legislativas, leyes orgánicas.
  - Decreto Legislativo.

- Los Tratados Internacionales.
- Ordenanzas Municipales.
- Reglamento del Congreso.
- Decretos de Urgencia.
- Normas de carácter regional.
- Rango inferior a la ley:
  - Decretos Supremos.
  - Resolución Suprema.
  - Resolución Ministerial.
  - Resolución Directoral.
  - Resolución Subdirectoral.
  - Resolución Regional.
  - Acuerdos de Concejo.
  - Edictos.

En cuanto a las normas con rango inferior a la ley, se debe tener en cuenta que estas regulen situaciones de manera abstracta y general.

Además, la Constitución ha establecido órganos constitucionales con la potestad de dictar normas generales, tal como el Banco Central de Reserva (Art. 84° de la Constitución), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Art. 186 de la Constitución) y los Concejos Municipales (en temas de su competencia, vía ordenanzas municipales).

El artículo 192° de la Constitución precisa la competencia de las municipalidades. El medio o instrumento por el cual el concejo municipal ejerce su potestad normativa es la ordenanza municipal que, es en puridad una auténtica ley municipal, de igual rango que las leyes que dicta el Congreso de la República, pero diferenciada de aquellas por el principio de competencia, no por el principio de jerarquía normativa en atención al órgano facultado para expedirla.

**b) Cuando las Normas con rango de ley no hayan sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución (Inconstitucionalidad por la forma).**

Es procedente la declaración de inconstitucionalidad por contravenir el Art. 106° de la Constitución: “Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”. Como podría ser el caso de normas como un Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia o Ley que no hayan sido aprobadas con el carácter de orgánico, en el supuesto caso de que dichas normas hubieren regulado materia reservada a la Ley Orgánica, o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal privilegio.

### 9.6. NORMAS OBJETO DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Procede contra las siguientes normas con rango de Ley:

1. Las Leyes (como expresión típica del Poder Legislativo, en cuanto normas aprobadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente de la República). Incluye las Leyes Orgánicas, en cuanto son normas que regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado, y que son privilegiadas en su aprobación o modificación, pues requieren el voto de más de la mitad del número legal de congresistas.
2. Decretos Legislativos (como expresión típica de normas expedidas por el Ejecutivo por delegación de facultades del Congreso).
3. Decretos de Urgencia (expedidos por el Ejecutivo, de modo especial, en materia económica y financiera con cargo a dar cuenta al Congreso).
4. Tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso.

Como señala Abad Yupanqui: “en el Perú no se ha producido mayor debate sobre el tema”<sup>39</sup>. El Código Procesal Constitucional en el art. 77° prescribe que los Tratados pueden ser objetos de control Constitucional. Cabría analizar las consecuencias jurídicas y de otra índole que para las relaciones internacionales

39. ABAD YUPANQUI, Samuel; Ob. Cit., p. 161

podría significar la declaración de inconstitucionalidad de un tratado suscrito y ratificado por el Estado Peruano.

5. Los Reglamentos del Congreso. Conforme al Art. 94° de la Constitución el Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley.
6. Decreto Ley (propio de los gobiernos de facto). El término “decretos leyes es empleado en nuestro país para hacer referencia a las normas emitidas durante los periodos de interrupción democrática por las autoridades que detentan el poder estatal en forma ilegítima”<sup>40</sup>.
7. Normas regionales de carácter general.
8. Ordenanzas municipales (regulan la organización, administración o prestación de servicios públicos locales).

Abad Yupanqui, afirma: “la Constitución no se refiere en forma expresa a los decretos leyes en su catálogo de normas objeto de control. Ello no significa que tales decretos no sean susceptibles de cuestionamiento, no solo por tener un vicio congénito provenir de un régimen de facto sino porque materialmente pueden violar lo dispuesto por la Constitución”<sup>41</sup>.

Es más, el Tribunal Constitucional ha ejercido control respecto de este tipo de normas; así por ejemplo: Se declaró Fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 7°, 8°, 9° y 10° y la disposición transitoria única del Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación el IPSS (Expediente N° 007-96-I/TC del 26/04/97)

### 9.7. LEGITIMACIÓN ACTIVA (art. 99° del Código Procesal Constitucional)

1. El Presidente de la República (designará con el voto, aprobatorio del Consejo de Ministros a uno de sus Ministros, el cual puede delegar su representación al Procurador Público, adjuntando acuerdo certificado Art. 99° del Código Procesal Constitucional).
2. El Fiscal de la Nación (directamente o por apoderado).
3. El Defensor del Pueblo (directamente o por apoderado).

40. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Ob. Cit. p. 151.

41. ABAD YUPANQUI, Samuel; Ob. Cit., p. 159

4. El 25% del número legal de Congresistas de la República (30 integrantes), los que actúan por apoderado nombrado para el efecto.
5. 5,000 ciudadanos con firmas comprobadas verificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (con patrocinio de abogado y conferirán poder para su representación a uno de ellos). Si la norma cuestionada es de ámbito regional u ordenanza municipal, está facultado para interponerla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre y cuando este número no supere el número de 5,000.
6. Los Presidentes de Región, con el acuerdo de Consejo de Coordinación Regional, o Alcaldes Provinciales, con el acuerdo de su Concejo (por sí o apoderado y con patrocinio de letrado).
7. Los colegios profesionales, en materia de su especialidad (acompañando copia del acuerdo de la Junta Directiva y conferirán representación al Decano, actuando con patrocinio de abogado).

**Es un control represivo y no preventivo, es decir, las normas legales solo pueden ser incoadas por inconstitucionales una vez que hayan entrado en vigencia, es decir, a partir de su publicación. (Art. 100 del Código Procesal Constitucional)**

\* La Constitución de 1993 retiró la legitimidad a la Corte Suprema para dar inicio a un proceso de inconstitucionalidad, convenimos con Huerta Guerrero que tal supresión de esa legitimidad es discutible, y ello explicaría, en parte, el poco uso del control difuso por parte de los jueces “Es discutible la supresión de esta legitimidad. Cuando un Juez hace uso de la facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, debe elevar su decisión a consulta ante la Corte Suprema, según lo señala la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 14°). Por este motivo, la Corte Suprema posee un conocimiento privilegiado respecto de las normas que puedan atentarse contra la Constitución, por lo que debería contar con la posibilidad para que, en caso conozca alguna norma atentatoria contra dicho cuerpo normativo, pueda interponer la demanda respectiva ante el Tribunal Constitucional<sup>42</sup>.”

42. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Ob. Cit., p. 157

## 9.8. LEGITIMACIÓN PASIVA

1. El Congreso o la Comisión Permanente, si las normas impugnadas son leyes o Reglamentos del Congreso.
2. El Congreso o la Comisión Permanente, en caso de receso del Congreso, y el Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Tratado Internacional, Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.
3. El Gobierno Regional, si la norma impugnada es de carácter regional.
4. La Municipalidad emisora de la Ordenanza Municipal, cuando la norma impugnada es una Ordenanza.

## 9.9. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Conforme con lo prescrito por el Art. 101° del Código Procesal Constitucional la demanda debe contener, por lo menos, los siguientes datos y anexos:

1. Los datos de identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
2. La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.
3. Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
4. La relación numerada de los documentos que se acompañan.
5. La designación de apoderado si lo hubiera.
6. Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

Además, el Art. 102°, precisa que se debe anexar a la demanda, los siguientes, documentos:

1. Certificación de acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República;
2. Certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de Congresistas;
3. Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos



del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203° inciso 5) de la Constitución;

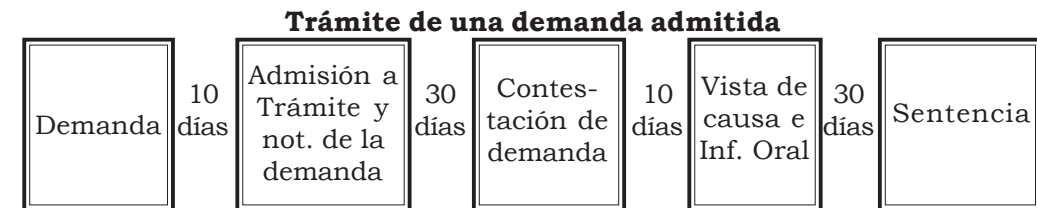
4. Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o
5. Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea Presidente de Región o Alcalde Provincial, respectivamente.

### 9.10. ADMISIÓN E INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

Interpuesta la demanda el Tribunal Constitucional resuelve su admisión en el plazo no mayor de 10 días (Art. 103° del Código Procesal Constitucional). Puede declararla inadmisibile, cuando:

1. En la demanda se hubiera omitido algún requisito taxativamente establecido.
2. No se acompañen los anexos establecidos. En su caso, conforme al Art. 102° del Código Procesal Constitucional, la Certificación del acuerdo adoptado o Certificación de las firmas correspondientes.
  - Creemos que el Art. 103° del Código Procesal Constitucional (inadmisibilidad de la demanda) en su parte final contiene un error, al prescribir que si vencido el plazo (5 días) no se subsana el defecto de inadmisibilidad; el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declarará la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.
    - Un evidente error, por cuanto la práctica procesal aconseja, en caso de inadmisibilidad no subsanada el rechazo de la demanda y el archivamiento del expediente, así lo prescribe el Art. 426° del Código Procesal Civil de aplicación supletoria al presente.
  - Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio prescindiendo de la actividad e interés de las partes. El proceso solo termina por Sentencia. (Art. 106° del Código Procesal Constitucional); al respecto el Código Procesal Civil de aplicación supletoria al presente establece las llamadas formas especiales de conclusión del proceso (conciliación,

allanamiento y reconocimiento, transacción judicial, desistimiento, abandono) que en su caso no son aplicables al presente proceso.



### 9.11. IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

A tenor de lo prescrito por el artículo 104° del Código Procesal Constitucional, el Tribunal declarará la improcedencia liminar de la demanda, cuando en su caso concorra, alguno de los siguientes supuestos:

La demanda se ha interpuesto vencido el plazo prescriptorio. En caso de inconstitucionalidad de una norma fuera del plazo de seis años contado a partir de su publicación. Para el caso de los tratados fuera del plazo de seis meses.

Si el Tribunal ya hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo. Constituye una aplicación del principio de economía procesal.

Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la demanda. En su caso, el Tribunal en resolución debidamente motivada e inimpugnable declara la improcedencia de la demanda.

### 9.12. IMPROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES

En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares a tenor de lo prescrito por el artículo 105° del Código Procesal Constitucional. Resulta obvio que no se pueda interponer medidas cautelares, puesto que no es pertinente suspender la eficacia de una norma por el simple cuestionamiento de la misma, tanto más si a favor de la norma se establece una presunción de constitucionalidad.

### 9.13. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es el órgano encargado del control de la constitucionalidad, para lo cual está revestido de independencia en relación con los otros órganos constitucionales y se encuentra sometido únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica N° 28301.

Nació del llamado modelo Kelseniano, plasmado en un proyecto de 1918, sancionado por el parlamento austriaco en 1919, y hecho realidad en la Primera Constitución Austriaca – que fuera promulgada el 1 de octubre de 1920- en la cual se introdujeron importantes aportes en cuanto a la democracia representativa y se inauguró el sistema de control concentrado de la constitucionalidad a través de la creación del denominado Tribunal Constitucional, tribunal del cual Kelsen fue miembro desde 1921 hasta 1930.

Los Tribunales Constitucionales aparecen como “guardianes de la Constitución” y en la concepción de Kelsen constituyen no tanto un órgano jurisdiccional en sentido estricto, sino más bien un “legislador negativo” por cuanto la anulación de la ley inconstitucional presenta el mismo carácter de generalidad que su elaboración<sup>43</sup>.

Checoslovaquia imitó a su vecina Austria ese mismo año de 1920, y luego lo hizo la República Española en 1931. Fueron esos los únicos tribunales constitucionales existentes en la Europa del período de entreguerras.

En el Perú en el siglo XIX no existía un sistema de control constitucional, aún cuando hubo intentos sobre todo doctrinarios, para implantarlo. En rigor tan sólo en la década de 1930, sobre la base de proyectos que venían desde años atrás, es que se incorpora el llamado “modelo americano” en forma expresa.

En el Perú nació con la Constitución de 1979 bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales (extrapolado de la Constitución Española de 1931); fue creado para superar el descontento que existía en torno al Poder Judicial, sobre todo durante el llamado “Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas”.

En ese Texto Fundamental, el Tribunal de Garantías Constitucionales es definido como “el órgano de control de la Constitución”, su Ley Orgánica, también establecía que esté integrado por nueve miembros,

43. FERNANDEZ SEGADO, Ob. Cit, p. 1040 y 1043.

provenientes en terceras partes de los tres poderes del Estado. La elección debía recaer entre personas que reúnan los mismos requisitos que se exigían para ser Vocal de la Corte Suprema y exhiban probados antecedentes democráticos y de defensa de los Derechos Humanos.

El Tribunal de Garantías Constitucionales asumía dos funciones básicas:

- Conocer en casación de las resoluciones denegatorias del Hábeas Corpus y Amparo.
- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes y otras normas jurídicas con valor de Ley.

La pobreza de esta competencia, sumada a otros factores como la politización en el reclutamiento de sus miembros; el reducido número de legitimados para iniciar las acciones y el elevado número de votos para la adopción de sus acuerdos, imposibilitó su funcionamiento eficaz y determinó su posterior fracaso.

Por D.L. 25814, Ley de Bases de Emergencia y Reconstrucción Nacional (Publicada el 06 de abril de 1992) se dispuso la reorganización integral del T.G.C. En concordancia con ello, el D.L. 25422, publicado el 9 de abril del mismo año, cesó a todos sus magistrados, en decisión altamente cuestionable y con evidente sesgo de politización del Tribunal.

La Constitución de 1993 le dio la denominación moderna de Tribunal Constitucional (Constitución Española de 1978) y optó por regular de una mejor manera la competencia del órgano encargado del control concentrado de la constitucionalidad, como ente autónomo e independiente.

Se reconoce al Tribunal Constitucional **el ser instancia de fallo** y no meramente casatoria frente a resoluciones denegatorias de los procesos de garantía. Puede declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas que en la anterior Constitución no eran pasibles de proceso de inconstitucionalidad. **Es decir tratados internacionales, reglamentos del Congreso y decretos de urgencia.**

La Carta Política de 1993 **amplía la base de legitimados** para iniciar el proceso de Inconstitucionalidad; y se precisa, de forma acertada, **que por el solo mérito de la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, esta queda derogada**, con lo

cual se elimina el requisito de envío al Congreso para su derogatoria como lo estipulaba la Constitución de 1979.

La Carta vigente precisa que el Tribunal Constitucional está conformado por siete miembros, elegidos por cinco años y no pueden ser inmediatamente reelegidos, todos ellos designados por el Congreso con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Su función es a dedicación exclusiva, excepto el ejercicio de la docencia universitaria.

Ni la Constitución ni su Ley Orgánica prevé la existencia de magistrados suplentes. Ante este vacío, el Tribunal Constitucional, que requería seis votos favorables para declarar la Inconstitucionalidad, afrontó un caso en el cual cuatro magistrados se abstuvieron de votar, lo que imposibilitó la decisión, sin que exista ningún mecanismo para completar el quórum del Tribunal.

Para salvar estas dificultades por Ley N° 27780 del 12 de julio del 2002 se modificó el artículo 4° de la Ley N° 26435 estableciendo que, para efectos de declarar la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia en dicha acción, se exigiría cinco votos conformes, de no alcanzarse mayoría calificada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad. En ningún caso podrá dejar de resolver, por lo tanto, los magistrados no pueden abstenerse de votar, deben hacerlo a favor o en contra en cada votación.

La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, en el Art. 5° prescribe "... para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se exigen cinco votos conformes".

Asimismo el Art. 1° de esta Ley señala, expresamente, que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de la interpretación y control de la constitucionalidad.

Por su alta investidura los magistrados del Tribunal Constitucional gozan del privilegio del antejudio político ante el Congreso, al igual que otros funcionarios de alta jerarquía, siempre que se trate de delitos de función o infracciones a la Constitución. También, poseen el privilegio de la inmunidad para los casos de detención o juzgamiento por delitos comunes.

El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Pero, puede sesionar en cualquier otro lugar de la República.

La organización y las funciones del Tribunal Constitucional se encuentran reguladas por su Ley Orgánica N° 28301 del 23/07/2004. Que, comenzó a regir juntamente con el Código Procesal Constitucional. Y, por su Reglamento Normativo adoptado por Acuerdo del 14 de Septiembre de 2004.

### **9.13.1. COMPOSICIÓN**

Esta conformado por 07 miembros designados por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros (80 Congresistas). Son elegidos por el periodo de 5 años, no hay reelección inmediata. (Art. 8 de la L.O.T.C)

El Presidente del Tribunal es elegido de entre sus miembros por votación secreta. Su cargo dura dos años, puede reelegirse por un año más, representa al Tribunal, lo convoca y preside.

### **9.13.2. REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Art. 11 de la L.O.T.C.)**

1. Ser peruano de nacimiento.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Ser mayor de 45 años
4. Haber sido magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante 10 años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica por un lapso de 15 años.

### **9.13.3. NO PUEDEN SER MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (IMPEDIMENTOS Art. 12 de la L.O.T.C.)**

1. Los Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que no hayan dejado el cargo con un año de anticipación, o aquellos que fueron objeto de separación, destitución o medida disciplinaria.
2. Los abogados que han sido inhabilitados por sentencia judicial.

3. Los que hayan sido condenados o se encuentren procesados por delito doloso.
4. Los que han sido declarados en estado de quiebra.
5. Los que han ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.

**9.13.4. PRERROGATIVAS, IMPEDIMENTOS, PROHIBICIONES Y DERECHOS DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Art. 12° al 15° de la L.O.T.C.)**

La función de Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva, le está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado, salvo la docencia universitaria.

Los Magistrados están impedidos de defender o asesorar pública o privadamente, salvo causa propia, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

A los Magistrados del Tribunal Constitucional les alcanzan las mismas incompatibilidades de los Congresistas y están prohibidos de afiliarse a organizaciones políticas.

Los Magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. Gozan de inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin la autorización del Tribunal. Asimismo, gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los Congresistas.

**9.13.5. QUÓRUM DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ( Art. 5° de la L.O.T.C.)**

El Quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros, de un total de siete integrantes.

El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes. De no lograrse esta cantidad de votos deberá declarar inadmisibile o infundada la demanda interpuesta.

Los Magistrados del Tribunal no pueden abstenerse, debiendo votar a favor o en contra en cada oportunidad.

**9.13.6. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional, es competente para conocer los siguientes asuntos:

- **Competencia Jurisdiccional**

- A) Resuelve el proceso de Inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley que vulneren la Constitución.
- B) Conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento.
- C) Resuelve los conflictos de competencia que se susciten a propósito de las atribuciones asignadas por la Constitución o las Leyes Orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.
- D) Resuelve el recurso de Queja por denegatoria del Recurso de Agravio Constitucional. (Art. 19° Código Procesal Constitucional)

- **Competencia Reglamentaria**

El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de su Ley Orgánica. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el Pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial "El Peruano". (Art. 2° de la L. O. T. C.)

- **Competencia Disciplinaria**

Se aplica cuando los magistrados incurren en las causales de vacancia por incapacidad moral o física permanente que los inhabilite para el ejercicio de la función; por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo o por violar la reserva propia de la función.

Se contempla además, que el Magistrado que incurra en causal de vacancia y, no obstante ello, continúe en su cargo, es

destituido por el Tribunal tan pronto como este tome conocimiento de tal situación.

Los magistrados pueden ser suspendidos por el Tribunal, como medida previa, cuando incurran en delito flagrante. La suspensión requiere cuando menos de cuatro votos conformes (Artículo 18 de la LOTC.)

Con respecto a terceros, el Tribunal está capacitado para imponer multas a cualquier persona investida o no de función pública, que incumpla los requerimientos que le haga.

- **Competencia Presupuestaria**

El Tribunal Constitucional tiene competencia para elaborar su Presupuesto Anual, el cual debe ser presentado ante el Poder Ejecutivo dentro del plazo que establece la Ley del Presupuesto; el Poder Ejecutivo lo incluye en la Ley del Presupuesto. El Presidente del Tribunal tiene la facultad de sustentar su presupuesto ante el pleno del Congreso. (Tercera disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)

Dentro de la competencia y atribuciones del Tribunal Constitucional existen en la legislación comparada situaciones no previstas en nuestro ordenamiento. V. Gr.: Ejercer un control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas, leyes interpretativas de la Constitución, tratados (atribución que tienen, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Constitucional de Colombia) o declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos (facultad reconocida al Tribunal Constitucional Chileno).

### 9.13.7. TIPOS DE SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

#### 1. Sentencias Interpretativas

Mediante este tipo de sentencia se dictan pautas respecto de cómo debe ser interpretada una norma para que sea considerada compatible con la Constitución. En ese sentido se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que puede ser interpretado conforme con la Constitución.

Estas sentencias se basan en lo dispuesto por el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (... interpretación conforme con la Constitución) y Primera Disposición Final de la L.O.T.C “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.

“El caso más usual de este tipo de sentencias es aquel que se presenta cuando un mismo enunciado lingüístico de un proceso legal, admite al menos dos interpretaciones posibles. En esos casos, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme a ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino solo del sentido interpretativo que colisiona con ella”<sup>44</sup>.

#### 2. Sentencias Aditivas

Son aquellas, mediante las cuales el Tribunal Constitucional incorpora dentro de la norma cuestionada la palabra, o frase omitida, para salvar su inconstitucionalidad.

Eguiguren, citado por Luis Alberto Huerta Guerrero, expresa “estas sentencias resultan del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción cuenta con contenido normativo menor del exigible constitucionalmente”<sup>45</sup>.

“En ciertas ocasiones, la inconstitucionalidad de una disposición legal es consecuencia de que dejan de decir algo que debió decirse para ser constitucional. Por ejemplo, una ley que indica que: se aumentarán las pensiones de los pensionistas sujetos al Régimen del Decreto Ley 20530. Habría que preguntarse ¿Por qué no dice la disposición que el aumento también sea omnicompreensivo de los pensionistas del Decreto Ley 19990. En este caso si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la ley por afectar el principio de igualdad, so pretexto de proteger a los pensionistas del Decreto Ley 19990,

44. PALOMINO MANCHENGO José, F.; “XII Convención Nacional Académica de Derecho”, Piura Perú, Editorial CELAE, 2005, p. 108.

45. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Ob. Cit. p. 168

dispone se suprima las letras o frases que introducen el elemento desigualitario, esta es: “del régimen del Decreto Ley 20530”. La norma subsiste con otro término que corresponda a ambos, es decir 19990 y 20530”<sup>46</sup>.

### 3. Sentencias Sustitutivas

Mediante este tipo de sentencias, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la norma impugnada y dispone la regla que debe sustituirla para que esté conforme con la Constitución. La sentencia sustitutiva se compone de dos partes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada; y otra que la reconstruye.

### 4. Sentencias Exhortativas

Son aquellas en las cuales, el Tribunal Constitucional pese a advertir una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado y no sancionado.

Este tipo de sentencia ha sido dictada por el Tribunal Constitucional para corregir ciertos excesos en las normas del ámbito militar y policial.

“En este caso existe una norma que es inconstitucional pero la sentencia respectiva no dispone su expulsión del ordenamiento jurídico, dado que tal medida podría originar graves perjuicios, optándose por exhortar al Congreso para que realice las modificaciones normativas respectivas de acuerdo a los lineamientos que señala la sentencia”<sup>47</sup>.

#### 9.13.8. EFECTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia fundada de inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos para todos – erga omnes – y, por regla general, para el futuro –ex nunc–; es decir, al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal queda sin efecto la norma legal.

Además, se atribuye a las sentencias del Tribunal las siguientes características:

46. PALOMINO MANCHENGO, José F., Ob. Cit. p. 109

47. HUERTA GUERREROM Luis Alberto., Ob. Cit. p. 169 – 170

- **Fuerza de ley.** Se parte de romper con el principio positivista de que una Ley solo puede ser derogada por otra Ley ( Art. 1° del Título Preliminar del Código Civil) –por cuanto también una sentencia del Tribunal Constitucional que declare inconstitucional una Ley conlleva la derogación de la misma (Art. 103° de la Constitución). Conforme a Ley de Reforma N° 28389. “La ley se deroga sólo por otra ley también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”

**Cosa juzgada.** Sobre la base del precepto constitucional, que otorga a una sentencia del TC la eficacia derogativa de una Ley sobre otra, se deriva el carácter de cosa juzgada de las sentencias que declaran inconstitucional una Ley. (Art. 82° del Código Procesal Constitucional)

- **Aplicación vinculante a los poderes públicos.** La afirmación de que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia.
- La sentencia denegatoria impide que posteriormente se interponga una nueva acción fundada en idéntico precepto constitucional.
- La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por vicios formales no impide que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo.
- La sentencia declaratoria de inconstitucionalidad no permite revivir procesos fenecidos (sin efecto retroactivo) en los que se haya aplicado la norma o normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal y tributaria. (Art. 82° Código Procesal Constitucional).

En materia penal, el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra los decretos leyes sobre terrorismo y traición a la patria (Exp. 01-2002-I/TC) determinó la eficacia retroactiva de la sentencia, lo que permitió revisar los procesos judiciales tramitados con aplicación de las normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal.

- Los jueces deberán aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal. (Art. VI del Código Procesal Constitucional)
- La declaración de inconstitucionalidad de una norma no permite recobrar la vigencia de las normas que ella hubiera derogado.
- La sentencia recaída tiene la calidad de autoridad de cosa juzgada, vincula a todos los poderes públicos y produce efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. (Art. 82° del Código Procesal Constitucional)

#### **9.13.9. CARACTERÍSTICAS QUE SE DEBEN CONSIDERAR AL SENTENCIAR**

- La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, declara igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia. (Art. 78° del Código Procesal Constitucional)
- Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de Acción Popular, sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, hasta que éste expida resolución. (Art. 80° del Código Procesal Constitucional)

### **10. EFECTOS DE LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES**

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme con la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

El ordenamiento jurídico peruano tiene un control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional y, un control difuso a cargo del Poder Judicial y Tribunal Constitucional; dichos órganos son intérpretes de las normas constitucionales.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 28301 en su Art. 1°; señala, expresamente, que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitucionalidad.

“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 subjuntiva (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”<sup>48</sup>.

En atención a su particular naturaleza, la interpretación constitucional tiene determinados principios:

- 1) Principio de unidad de la Constitución. Esta debe entenderse como un todo armónico y sistémico, por tanto cuerpo normativo unitario del Estado y base del sistema jurídico, en cuanto contiene al llamado “orden constitucional”.
- 2) Principio de concordancia práctica. En virtud del cual toda aparente contradicción, debe resolverse privilegiando la coherencia de sus normas. Toda aparente tensión entre las disposiciones constitucionales debe resolverse “optimizando” su interpretación es decir sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios contenidos<sup>49</sup>.
- 3) Principio de eficacia integradora. Se relaciona con la necesidad de que toda interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen la unidad constitucional.
- 4) Principio de corrección funcional, propugna el respeto del marco de atribuciones y competencias determinadas por la Constitución para los poderes y órganos del Estado.
- 5) Principio de eficacia o efectividad, el intérprete debe encauzar su actividad hacia opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar ni limitar su contenido.
- 6) Principio de inmediatez de la Constitución, en cuanto es una norma fundamental directamente aplicable; su vigencia y eficacia constituye la razón de ser del Estado Constitucional de Derecho.

48. Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin; “Razonamiento Lógico-Jurídicamente ¿Un Problema de Construcción”; Ensayo Jurídico; Academia de La Magistratura AMAG, Chiclayo 2009, p. 33

49. Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin, Ob. Cit., p. 34

- 7) Principio de interpretación pro libertatis, la norma constitucional debe interpretarse privilegiando, del modo más favorable, a la persona y su dignidad. Artículo 1 de la Carta Política de 1993 “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

Segundo Linares Quintana, citado por Walter Díaz Zegarra, expresa: “en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que es instrumento de gobierno, también y principalmente lo es de amparo a la libertad. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y garantía de la libertad y dignidad del hombre. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquélla debe primar siempre sobre éste”<sup>50</sup>.

La interpretación de una norma constitucional es cualitativamente superior a la interpretación de una ley, en la primera se va a tratar de desentrañar el contenido de un texto político, razón por la que, se debe buscar el sentido teleológico y de libertad de la persona humana; situación que no acontece con la norma con rango de ley, en la que si aplicamos el método literal, histórico, teleológico, etc.

## 11. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

### PRECEDENTE VINCULANTE

#### COMENTARIO

Esta sentencia establece como precedente vinculante los fundamentos 60 y 61. **Es decir los límites de las sentencias interpretativas o integrativas dictadas por el Tribunal Constitucional, denominadas manipulativas (reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas).** Esto es;

- a) En ningún caso debe vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución;
- b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada;
- c) Solo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución);
- d) Solo resultan legítimas en la medida de que el Tribunal argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a la luz de lo expuesto, justifiquen su dictado;
- e) La emisión de estas sentencias requieren de la mayoría calificada de votos de los miembros del Tribunal.

Se precisa que el Supremo Intérprete de la Constitución, en su condición de poder constituido, también está sometido como todos a los límites establecidos en la Constitución.

Esta sentencia fue expedida en el marco de la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de Miembros del Congreso de la República contra la Ley 28617 que modificó los artículos 20 y 87 de la Ley N° 26859 –Ley Orgánica de Elecciones– y el artículo 13 inciso a) de la Ley N° 28049 –Ley de Partidos Políticos–.

50. DIAZ ZEGARRA Walter Alfredo, Ob. Cit., pp. 87 – 88



**EXPEDIENTE N° 0030-2005-PI/TC****LIMA****MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 2 días del mes de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini, pronuncia la siguiente sentencia:

**ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20º y 87º de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—, y el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos—.

**DATOS GENERALES**

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.  
Demandantes : 35 Congresistas de la República.  
Norma sometida a control : Ley N.º 28617.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

El derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación (artículo 2º, inciso 17); el derecho de los ciudadanos de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (artículo 31º); de ejercer sus derechos individualmente, o a través de organizaciones políticas, y que tales organizaciones concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular (artículo 35º); haber excedido de los requisitos previstos constitucionalmente para ser congresista (artículos 90º y 91º); el principio de que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación

directa (artículo 176º); el derecho a que el escrutinio de los votos se realice en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio (artículo 85º); el sistema de representación proporcional de las elecciones pluripersonales (artículo 187º).

**PETITORIO:**

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos. Asimismo, que, por conexión o consecuencia, se extienda la declaración de inconstitucionalidad a las demás normas legales que se relacionen con la norma impugnada y se dicten después de interpuesta la demanda.

**NORMA CUESTIONADA**

La norma impugnada es la Ley N.º 28617, que dispone:

**Artículo 1º.-** Modifíquense los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones, los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

**Artículo 20º.-** Las Elecciones para Congresistas se realizan conjuntamente con las elecciones para Presidente y Vicepresidentes de la República.

Para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos en el ámbito nacional.

**Artículo 87º.-** Los partidos políticos y las alianzas que para el efecto se constituyan pueden presentar fórmulas de candidatos a Presidente y Vicepresidentes, y listas de candidatos a congresistas en caso de Elecciones Generales, siempre que estén inscritos o tengan inscripción vigente en el Jurado Nacional de Elecciones. Se considera vigente la inscripción de los partidos políticos y alianzas de partidos que hayan obtenido representación parlamentaria en el último proceso de Elecciones Generales.

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

**Artículo 2°.-** Modificase el artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos, que quedará redactado como sigue:

**Artículo 13.-** El Registro de Organizaciones Políticas, de oficio o a pedido de los personeros legales, cancela la inscripción de un partido en los siguientes casos:

a) Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional (...).

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA.-** Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20 de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo 13 de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

## ANTECEDENTES

### Demanda

Con fecha 10 de noviembre de 2005, 35 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28617, cuyo artículo 1° modifica los artículos 20° y 87° de la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), y cuyo artículo 2° modifica el artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos (en adelante, LPP).

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31° de la Constitución), pues establece

condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90° (que establece que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91° (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).

- b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.
- c) La “barrera electoral” vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31° de la Constitución), pues aún cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos.
- d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso.
- e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30° (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33° (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía).
- f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176° de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.
- g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.

- h) La modificación del artículo 87° de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 11 de enero de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- a) La Ley dificulta a los partidos pequeños el acceso a las curules, fomenta las alianzas y coaliciones partidarias, y disuade la proliferación de pequeños partidos. Evita la dispersión electoral que debilita la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional. Favorece el sistema de partidos políticos.
- b) No existe afectación del artículo 176° de la Constitución, pues lo que los demandantes entienden como “la expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía reflejada en las urnas”, de ninguna manera puede entenderse como la adopción de una determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños. Corresponde al legislador, a través de las normas electorales, elegir o modificar los mecanismos, técnicas y métodos para convertir los votos en escaños, sin más límites que los que el marco constitucional ha dispuesto.
- c) No es cierto que la Ley priorice el interés de un partido político al interés del pueblo, porque lo que prioriza es la gobernabilidad y el desempeño adecuado del órgano parlamentario, representante de la voluntad popular.
- d) No solamente la Constitución establece los requisitos o condiciones para ser elegido congresista, sino que también lo hace, por encargo de ella misma (artículos 2°, inciso 17, y 31°), la LOE.
- e) Le corresponde a la ley y no a la Constitución —según establecen los artículos 2°, inciso 17; 31°; 176°, y 187°— definir la forma de convertir los votos en escaños. De manera tal que estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad, razón por la cual resulta errónea la afirmación de que la Ley incoada vulnera el derecho fundamental a elegir y ser elegido.
- f) En el hipotético y negado caso de que nos halláramos ante una excesiva intervención del Estado con respecto al derecho fundamental al sufragio, la norma no vulnera el principio de proporcionalidad, pues tiene un fin constitucional (reforzar el Estado democrático) y es una medida idónea para alcanzarlo. A lo que se agrega que el legislador debe disponer de libertad de apreciación de la realidad, a efectos de definir qué medida es necesaria en aras de alcanzar un determinado fin constitucional.
- g) Un gobierno democrático no se caracteriza únicamente por dotar de facultades efectivas a sus ciudadanos para ejercitar sus derechos fundamentales, como el de sufragio, sino que además debe contar con instituciones jurídicas que permitan hacer efectiva la democracia.
- h) El carácter personal del voto (artículo 31° de la Constitución), no es vulnerado por la “barrera electoral”, pues dicha cualidad implica que éste sea ejercido por el ciudadano mismo sin representante alguno.
- i) No es cierto afirmar que los 120 parlamentarios electos son aquellos 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos, pues nuestro sistema electoral emplea el mecanismo de la cifra repartidora que, inevitablemente, lleva a que algunos miembros de un partido no lleguen al Parlamento pese a haber obtenido más votos preferenciales que los de otro partido.
- j) La Ley impugnada no niega el derecho de participación política de los ciudadanos, ni desconoce la importancia de los partidos políticos, sino que, por el contrario, reconociendo su gravitante finalidad (ser intermediarios entre la población y el Estado), les asigna un tratamiento complementario. Resulta de esencial importancia la consolidación de un sistema de partidos en el país, y para ello es necesario tomar medidas que atenúen la fragmentación y la polarización del mismo.
- k) Los partidos políticos deben tener presencia y organización nacional, motivo por el cual se les exige un mínimo de representación parlamentaria o votación a nivel nacional. Uno de los objetivos de la Ley cuestionada es, precisamente, no mantener vigente la inscripción de organizaciones políticas que no sean representativas y que no puedan cumplir con aquella labor esencial de ser canalizadoras de la voluntad popular. Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho privado, pero con una función pública. La existencia de numerosos grupos de representación pequeños imposibilita la

consecución de los intereses e ideales de la Nación y de los ciudadanos que la conforman.

### **MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES**

1. Determinar el rol del principio democrático en el Estado social y democrático de derecho. Para tales efectos, deberán abordarse las siguientes materias:
  - La democracia representativa
  - El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho.
  - El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho.
2. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
  - El derecho fundamental a ser elegido representante y la unidad de la Constitución.
  - El derecho a ser elegido representante como derecho de configuración legal.
3. Determinar si la ley afecta el sistema de representación proporcional. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
  - Principio de representación por mayoría.
  - Principio de representación proporcional.
  - Finalidad de la “barrera electoral”.
4. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes.
5. Determinar si la ley vulnera la función constitucionalmente encomendada a los partidos políticos.

### **FUNDAMENTOS**

#### **§1. Delimitación del petitorio.**

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral—, por

afectar los artículos 2º, inciso 17; 30º, 31º, 33º, 35º, 90º, 91º, 176º, 185º y 187º de la Constitución.

Dicha Ley consta de dos artículos y una disposición transitoria. Los demandantes no han especificado qué cláusulas son las inconstitucionales. Sin embargo, del tenor de la demanda es posible advertir que, en concreto, consideran inconstitucional su artículo 1º en el extremo que, modificando el artículo 20º de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones (LOE)—, establece que:

Para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado, al menos, seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

Asimismo, consideran inconstitucional ese mismo artículo 1º, en el extremo que, modificando el artículo 87º de la LOE, establece que:

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

Por otra parte, consideran inconstitucional su artículo 2º, en el extremo que, modificando el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)—, dispone que:

Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

2. La Disposición Transitoria Única de la cuestionada Ley, dispone que:

Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20º de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente, para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria, se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo

13° de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Si bien los demandantes no han realizado referencia alguna a esta disposición, es evidente que, en tanto ella se limita a reducir mínimamente —para las elecciones parlamentarias del año 2006— el margen de la “barrera electoral”, establecida en las normas que son objeto de impugnación, también se encuentra siendo cuestionada.

Sin embargo, es precisamente esta esencial vinculación entre la Disposición Única Transitoria y los artículos incoados, la que exige precisar que en el juicio de constitucionalidad que se realizará sobre éstos, implícitamente, se estará enjuiciando también la constitucionalidad de aquélla.

## §2. Constitución y democracia.

3. Los demandantes acusan que la Ley impugnada afecta el artículo 31° de la Constitución, que reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos de ser elegidos y elegir libremente a sus representantes. Asimismo, consideran vulnerados otros bienes constitucionales de singular relevancia para el funcionamiento, estabilidad y pervivencia de la democracia. Por su parte, el Procurador del Congreso de la República ha sustentado la validez constitucional de la “barrera electoral” afirmando, entre otras cosas, que ella favorece la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional.

De ahí que exista la necesidad, ante todo, de establecer el rol y las manifestaciones del principio democrático representativo en nuestro Estado social y democrático de derecho, así como las relaciones de dicho principio con la gobernabilidad.

### 2.1. La democracia representativa.

4. Desde que se comprendió que el fundamento y la legitimidad de las competencias y los poderes del Estado residen en la voluntad general del pueblo, se suscitaron inconvenientes de significativa relevancia al momento de sustentar y configurar el modo en el que debía manifestarse y articularse el principio democrático al interior del Estado.

Fue el propio Rousseau quien, en su *Contrato Social*, sostuvo —bajo la premisa de que la soberanía del pueblo no podía ser representada (convencido de que ello devendría en su pérdida y la consecuente

sumisión popular a la voluntad de los representantes)— que, dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que dada la complejidad del Estado moderno, es imposible que éste pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios elegidos para tal efecto, es simple ficción.

Sin embargo, es la teoría de la representación (ordinaria y extraordinaria) de Sieyès, expuesta en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, la que concede posibilidad de materialización práctica al principio democrático, bajo la figura de un concepto ideal de Nación, del sufragio (restringido) y de unos representantes que no son la traducción específica de la voluntad de los representados, sino que expresan la voluntad política ideal de la Nación.

5. Descartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45° de la Constitución, en cuanto señala que:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...).

Consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional.

6. La democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43° (nuestro gobierno “es representativo”), el 93° (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110° y 111° (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191° y 194° (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.
7. Por su parte —como señala Pedro de Vega—, si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y ésta no es posible bajo la forma de

mandato imperativo alguno, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema<sup>[1]</sup>. Y por ello, si bien el artículo 93° de la Constitución dispone que los congresistas representan a la Nación, a renglón seguido prevé que no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

De esta manera, son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*).

8. Sin perjuicio de ello, nuestra Constitución ha consagrado también determinados mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31° de la Constitución), que —como se sustentará luego, y aunque resulte paradójico— son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa.
9. La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44° de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho. Tales peligros son descritos a continuación.
10. Dejada de lado la idea de que en la sociedad reside una única verdad homogénea susceptible de ser descubierta por la razón, se comprende que, por el contrario, a la sociedad es inherente una fragmentación de distintas dimensiones, desencadenante, a su vez, de un pluralismo materializado en distintos ámbitos. De esta forma, a diferencia de lo que pudo haber concebido el primer liberalismo, puede afirmarse que

a las sociedades contemporáneas no es inherente la uniformidad, sino, por el contrario, el pluralismo.

Aunque utilizando como ejemplo a la sociedad italiana, Norberto Bobbio explica en estos términos la realidad internamente heterogénea de las sociedades contemporáneas, singularmente descriptiva, por cierto, de la realidad social peruana:

Se trata de una sociedad articulada en grupos diferentes y contrapuestos, entre los cuales anidan tensiones profundas, se desencadenan conflictos lacerantes y se desarrolla un proceso constante de composición y descomposición. Existe el pluralismo en el nivel económico allí donde todavía hay en parte una economía de mercado, muchas empresas en competencia, un sector público diferente del sector privado, etc.; pluralismo político, porque hay muchos partidos o muchos movimientos políticos que luchan entre ellos, con votos o con otros medios, por el poder en la sociedad y en el Estado; pluralismo ideológico, desde el momento en que no existe una sola doctrina de Estado, sino diferentes corrientes de pensamiento, diversas versiones del mundo, diferentes programas políticos que tienen una libre actividad y que dan vida a la opinión pública heterogénea variada y polifacética <sup>[2]</sup>.

11. Bien puede decirse que hemos ingresado —hace tiempo ya— a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.  
No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad —no la verdad— hace la ley).
12. Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se

trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que “concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular”, tal como lo exige el artículo 35° de la Constitución. Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadio de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a afectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias.

13. Los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior del Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.
14. De esta manera, siendo el pluralismo y la democracia dos valores inherentes y consustanciales del Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que sean debidamente articulados, pues de ello depende la gobernabilidad en el sistema representativo. Por ello, con razón manifiesta se ha afirmado que:

La fragmentación [llevada al Parlamento] produce competencia entre los poderes y termina por crear un conflicto entre los mismos sujetos que deberían resolver los conflictos, una especie de conflicto a la segunda potencia. Mientras el conflicto social dentro de ciertos límites es fisiológico, el conflicto entre poderes es patológico, y termina también por hacer patológica, exasperándola, la conflictualidad social normal <sup>[3]</sup>.

15. El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados

los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad de establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Solo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho.

La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático<sup>[4]</sup>, 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<sup>[5]</sup>.

16. Sin duda, la democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista posibilidad de generar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación “de todos”, se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación “para todos”.

De ahí la importancia de que los partidos y movimientos políticos concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular, tal como lo exige el artículo 35° de la Constitución, y no sean simples asociaciones representativas de intereses particulares.

17. En ese sentido, se puede decir que el gobierno representativo está inspirado por cuatro principios<sup>[6]</sup> a saber: la elección de representantes a intervalos regulares, la independencia parcial de los representantes, la libertad de la opinión pública y la toma de decisiones tras el proceso de discusión.
18. Así pues, al evaluarse la constitucionalidad de la “barrera electoral”, deberá tenerse en cuenta, por un lado, que la gobernabilidad exige la participación política plural, pero también que una representación atomizada elimina la posibilidad de gobernar o, cuando menos, la posibilidad de hacerlo eficientemente.

### **2.2. El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho**

19. El artículo 43° establece que la República del Perú “es democrática”. La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la *juridificación* de la democracia<sup>[7]</sup>. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad.
20. Lo expuesto, desde luego, no significa que en el Estado social y democrático de derecho exista algún soberano. Por el contrario, como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado, 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 [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo<sup>[8]</sup>

Ocurre, sin embargo, que siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquélla su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución solo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. Ello ha llevado a Rubio Llorente a sostener, con atino que no hay otra Constitución que la Constitución

democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional<sup>[9]</sup>.

De este modo, la voluntad política que da origen al Estado social y democrático de derecho se proyecta en éste, no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales de cada persona. El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional.

Tales límites, por vía directa o indirecta, se reconducen a asegurar el respeto, promoción y plena vigencia de los derechos fundamentales.

Por ello, el artículo 44° establece como uno de los deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Y por esa misma razón se ha sostenido que en realidad, (...) no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que solo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es solo una forma de asegurarla<sup>[10]</sup>.

21. Que los derechos fundamentales son la materialización del principio democrático en su faz fundacional al interior del Estado social y democrático de derecho, queda evidenciado cuando, sin perjuicio del reconocimiento expreso de una amplia gama de derechos fundamentales, el artículo 3° de la Constitución, además de la dignidad humana, reconoce a la soberanía popular y al Estado democrático como sus fuentes legitimadoras.

### **2.3. El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho**

22. Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal<sup>[11]</sup>, el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, 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 2°, inciso 17, de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2°, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2°, inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

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

23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución.

### **§3. La Constitución como unidad y el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes como derecho de configuración legal**

24. El argumento sobre el que gira toda la argumentación de los recurrentes reside en una supuesta afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos a elegir y ser elegidos representantes (artículo 31°), en este caso, al Congreso de la República.

Se trata de dos derechos en correspondencia recíproca. Empero, en atención a que el artículo 1° de la Ley impugnada, en el extremo que modifica el artículo 20° de la LOE, se refiere directamente a la necesidad de superar una determinada “valla” a efectos de poder acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso, este Tribunal considera pertinente, en primer lugar, centrar su análisis en la eventual vulneración de derecho fundamental a ser elegido.

25. Luego de precisar lo señalado por los artículos 90<sup>o[12]</sup> y 91<sup>o[13]</sup> de la Constitución, los recurrentes fundamentan así la supuesta afectación del derecho fundamental a ser elegido representante:

Existe una manifiesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el texto legal, en tanto la Constitución ha establecido los parámetros dentro de los cuales cualquier ciudadano puede ocupar el cargo de Congresista (...). El hecho de condicionar el acceso al cargo de Congresista, a un mínimo de representantes de un partido político

(...) vulnera directamente los artículos constitucionales reseñados, ya que la Constitución, en ningún ámbito, señala que es impedimento para ocupar un escaño congresal la participación porcentual de un partido político en el resultado de las elecciones. (...). Así las cosas, el condicionamiento apuntado excede categóricamente los límites que ha establecido la Constitución para ser elegido Congresista, porque vulnera directamente el derecho de todo ciudadano a ser elegido representante y a la vez, establece requisitos que sobrepasan los límites establecidos en la Constitución para alcanzar un escaño del Congreso. (...).

26. En estas afirmaciones subyace una equívoca comprensión, de un lado, de los criterios de interpretación constitucional y, de otro, de la relación entre Constitución y ley.

En efecto, en primer término, los demandantes pretenden determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser elegido congresista a partir de un análisis positivista y aislado de los artículos 90° y 91° de la Constitución, en los que se establecen determinadas condiciones para acceder al cargo. Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal, la Constitución del Estado no puede ser concebida como una suma desarticulada y atomizada de disposiciones, sino como una unidad. En palabras de este Tribunal, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto<sup>[14]</sup>.

Por otra parte, los demandantes conciben implícitamente a la Constitución como una norma reglamentaria y, consecuentemente, acabada en su contenido dispositivo. En efecto, parecen entender la Carta Fundamental solo desde una óptica positivista, de modo tal que las relaciones entre la Constitución y las leyes queden reducidas a un juicio de validez e invalidez, bajo el umbral exclusivo del principio de jerarquía, sin tener en cuenta que, en una multiplicidad de casos, la ley es complemento necesario de las cláusulas constitucionales. Así sucede de modo evidente, por ejemplo, en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal.

En dicha línea de razonamiento, cuando el Tribunal Constitucional ha debido precisar el concepto de “sustento constitucional directo”, que, de conformidad con el artículo 38° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debe caracterizar a los derechos que

merecen protección a través del proceso constitucional de amparo, ha sostenido lo siguiente:

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38° del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “bloque de constitucionalidad.”

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

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente<sup>[15]</sup>.

27. Las erróneas premisas en la argumentación de los demandantes les han llevado a olvidar dos cuestiones que resultan cruciales a efectos de determinar la constitucionalidad o no de la ley impugnada:

- a) Las condiciones previstas en la propia Constitución para ocupar un escaño en el Congreso no se agotan en aquellas previstas en los artículos 90° y 93°. En efecto, considerando que la elección al Congreso es pluripersonal —además de una de las manifestaciones vitales como se institucionaliza la democracia representativa—, el acceso al cargo se encuentra condicionado, también, por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187° de la Constitución, y por la necesaria

pertenencia a un partido o movimiento político para poder participar en la contienda electoral (artículo 35°), pues —tal como se mencionó— sólo por vía de la pertenencia a estas organizaciones políticas es posible institucionalizar la fragmentaria configuración de los intereses al interior de la sociedad.

- b) El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no solo porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, sino también porque el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo. En otras palabras, por voluntad del propio constituyente, la ley (orgánica) no sólo *puede*, sino que *debe* culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista.
- Desde luego, que el referido derecho fundamental sea de configuración legal, no implica que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan solo, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación.
28. Estas premisas son de singular relevancia a efectos de evaluar la constitucionalidad de la Ley impugnada, motivo por el cual corresponde ahora ingresar en la evaluación de los alcances del artículo 187° de la Constitución que exige que las elecciones pluripersonales se rijan por el principio de representación proporcional, y las implicancias generadas por el hecho de que el derecho fundamental a ser elegido representante sea de configuración legal.

#### §4. El sistema electoral de representación proporcional

29. Dependiendo de los alcances, amplios o restringidos, que se pretenda dar al concepto de sistema electoral, este puede convertirse, en un extremo, en sinónimo de “Derecho electoral”, con lo cual haría alusión a todos los aspectos relevantes relacionados con la materia electoral (órganos electorales, proceso electoral, mecanismos de elección, modalidades de sufragio, etc.). A este concepto amplio hace alusión el artículo 176° de la Constitución cuando refiere que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

Pero desde una óptica más restringida, que es la que interesa ahora destacar, el sistema electoral es concebido como el modo según el cual el elector manifiesta por medio del voto el partido o candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños<sup>[16]</sup>.

30. Dicha representatividad puede lograrse a través de dos principios de distintos alcances y finalidades: el principio mayoritario y el principio proporcional. En el caso del principio mayoritario, la adjudicación de los escaños es dependiente de que un candidato o partido haya alcanzado la mayoría absoluta o relativa de los votos. De conformidad con esta fórmula solo se determina al vencedor o vencedores, a partir de un simple conteo de votos regido por la regla de la mayoría.

Por su parte, en el caso de la fórmula proporcional, la adjudicación de escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen los distintos partidos, procurando, proporcionalmente, la representación de diversas fuerzas sociales y grupos políticos en el Parlamento.

Cierto es que difícilmente en los distintos ordenamientos electorales encontraremos alguna de estas fórmulas en estado “puro”. Usualmente, se suelen presentar ciertos rasgos del sistema proporcional en sistemas predominantemente mayoritarios y viceversa. Sin embargo, como bien afirma Dieter Nohlen, aún cuando los sistemas electorales

combinen elementos técnicos que a menudo se encuentran en sistemas mayoritarios (por ejemplo, circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o fórmula de decisión mayoritaria) con elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales (circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o fórmula de decisión proporcional), el sistema electoral en su conjunto sólo puede asignarse a uno de los principios de representación: la representación por mayoría o la representación proporcional<sup>17</sup>.

31. Como quedó dicho, el artículo 187° de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales —como lo es la elección al Congreso— se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De este modo, en criterio del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley cuestionada (en cuanto modifica el artículo 20° de la LOE, estableciendo la “barrera electoral”) sólo podría verificarse en el caso de que: a) desvirtúe el principio de representación proporcional previsto en el artículo 187° de la Constitución, o b) carezca de finalidad constitucionalmente válida.
32. La regulación concreta del sistema proporcional puede variar dependiendo de distintos factores, como por ejemplo, la fórmula de cálculo utilizada. Así, el método D’Hondt y el de la cifra repartidora (que se fundamenta en el método de D’Hondt), buscan fortalecer a los partidos o agrupaciones que hayan obtenido mayor votación. El método Saint Lague, favorece a los partidos de menor representatividad. Y el método Hare o de cociente electoral, favorece a los partidos situados entre ambos extremos. Todos, sin embargo, respetan el principio de representación proporcional, por lo que resultan plenamente constitucionales.
33. El artículo 30° de la LOE ha recogido la fórmula de la cifra repartidora. En efecto, dicho artículo establece:
 

Artículo 30.- Para Elecciones de Representantes al Congreso de la República, la Cifra Repartidora se establece bajo las normas siguientes:

  - a) Se determina el número de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos;
  - b) El total de votos válidos obtenidos por cada lista se divide, sucesivamente, entre 1, entre 2, entre 3, etc. según sea el número total de Congresistas que corresponda elegir;

- c) Los cocientes parciales obtenidos son colocados en orden sucesivo de mayor a menor, hasta tener un número de cocientes igual al número de los Congresistas por elegir; el cociente que ocupe el último lugar constituye la Cifra Repartidora;
  - d) El total de votos válidos de cada lista se divide entre la Cifra Repartidora, para establecer el número de Congresistas que corresponda a cada una de ellas;
  - e) El número de Congresistas de cada lista está definido por la parte entera del cociente obtenido a que se refiere el inciso anterior. En caso de no alcanzarse el número total de Congresistas previstos, se adiciona la unidad a quien tenga mayor parte decimal; y
  - f) En caso de empate se decide por sorteo entre los que hubieran obtenido igual votación.
34. Corresponde entonces preguntarse si la “barrera electoral” establecida en el artículo 1° de la Ley cuestionada, desvirtúa la regla de la representación proporcional que, de conformidad con el artículo 187° de la Constitución, ha sido regulada en el artículo 30° de la LOE.

Dicha barrera impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. Por ende, solo podríamos llegar a una respuesta afirmativa a la pregunta planteada si acaso este Colegiado entendiera que tras la regla de proporcionalidad subyace el principio conforme al cual absolutamente todos los partidos intervinientes en las elecciones, por el sólo hecho de participar en ellas, tienen derecho a obtener, cuando menos, un escaño parlamentario.

Empero, si tal fuera el sentido de la regla de la proporcionalidad, devendrían también en inconstitucionales las denominadas barreras “naturales”, sin cuya existencia la representación proporcional se tornaría impracticable. Nos referimos, desde luego, a la fórmula de porcentajes, el número de escaños, las circunscripciones, etc. Estos elementos, en sí mismos, determinan que sea imposible identificar el sistema de representación proporcional con una suerte de representación “total”, pues impiden que todos los partidos participantes que hayan obtenido algún margen de votación puedan necesariamente incluir a alguno de sus candidatos en el Congreso de la República.

Es por ello que, con relación a una supuesta identidad entre el sistema de representación proporcional y un sistema de correspondencias proporcionales exactas, o lo que podría denominarse un sistema “puro” de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español ha señalado, en criterio que este Colegiado comparte plenamente, que si con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado en parte alguna, ni acaso en sistema imaginable. La proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa “pureza” de la proporcionalidad abstractamente considerada<sup>[18]</sup>.

35. Así las cosas, siendo que la “barrera electoral” en modo alguno puede considerarse, en sí misma, contraria al sistema de representación proporcional, sino simplemente una variante más de dicho sistema, queda tan sólo por analizar si ella se encuentra orientada a cumplir fines constitucionalmente válidos.
36. En criterio de este Colegiado, el establecimiento de una “barrera electoral” resulta plenamente compatible con la Carta Fundamental, pues se encuentra orientada a:
- A) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35°; es decir, “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular”, institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. En efecto, en criterio de este Tribunal, el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.

- B) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que —vía competencia, articulación e interacción— cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político.
- El sistema de partidos es parte de la *vis* externa del “funcionamiento democrático”, que les exige el artículo 35° de la Constitución, frente a la *vis* interna de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.
- C) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, pues, según quedó expuesto en los Fundamentos 4 a 18 *supra*, todos ellos son elementos vitales para la estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45° de la Constitución.
- D) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.
37. En consecuencia, establecida la compatibilidad de la “barrera electoral” con el sistema de representación proporcional, y atendiendo a la validez constitucional de las finalidades por ella perseguidas, este Tribunal Constitucional considera que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 1° de la Ley N.° 28617, en el extremo que, modificando el artículo 20° de la Ley N.° 28617, establece que para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República, se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

## §5. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución

38. Que, como se dijo, el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31° de la Constitución) sea un derecho de configuración legal, no excluye la posibilidad de que este Tribunal realice un control constitucional de la ley llamado a culminar su delimitación normativa, pero sí obliga a este Colegiado a respetar el margen de apreciación política del Congreso de la República al momento de crear Derecho, dentro del marco constitucional.

### 5.1. La Constitución como norma jurídica y la interpretación que le es inherente

39. Ello, desde luego, no desvirtúa la competencia de este Tribunal para interpretar la Constitución, ni menos aún, para interpretar las leyes “de conformidad con la Constitución”. La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas.

40. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).

41. En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38°, 45° y 51°–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla.

### 5.2. La jurisdicción constitucional, en general, y el Tribunal Constitucional, en particular, como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de derecho

42. A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se

desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45° de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2° del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, *in suo ordine*, todos lo poderes públicos.

43. De ahí que el artículo 38° prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200°, inciso 4; 201°; 202°, inciso 1; 203°, y 204° hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81° y 82° del CPConst.).

44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a “la mayoría”, se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.

### 5.3. ¿Por qué el artículo 1° de la LOTC establece que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución?

46. Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).

En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200°) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203°), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional – llamado a proteger en definitiva (artículos 138° y 200° a 204°) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38°, 45° y 51°) – el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201°) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

47. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1° de su Ley Orgánica – Ley N.° 28301 – y el artículo 1° del Reglamento Normativo del TC. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138° de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones *ex novo* del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138°, 201° y 203° de la Constitución.
48. Desde luego, cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas

en el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2°, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).

49. De esta manera, deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200°) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38°, 45° y 51°), y, de otro, el equilibrio necesario a efectos de impedir que los otros órganos constitucionales – en especial, el Congreso de la República, se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su producción normativa.

### 5.4. Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional

50. Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.
51. El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43° de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°).

52. Dado que el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201°, 202° de la Constitución y 1° de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201° de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.

53. Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93°), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93° de la Constitución.

54. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139°, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a

control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200° *in fine*, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51°, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

55. Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90° y 102° 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104°) o decretos de urgencia (artículo 188°, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138°, 201°, 202°, inciso 1, y 204°, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38° y 45° de la Constitución).

56. De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no solo tienen sustento constitucional en el artículo 45°, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103° de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74°) y penal (artículo 103°).



57. Es indudable que si el TC no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Basta con imaginarse el drama en el que se hubiera situado al Congreso de la República y al propio Poder Judicial si —sin ningún criterio interpretativo o de modulación de efectos en el tiempo— este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (STC 0010-2002-AI) o ante la jurisdicción militar (STC 0023-2003-AI).
58. La Constitución normativa no solo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).
59. El reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93° de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51° de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45° de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no solo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su complemento, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

##### **5.5. Los límites de las sentencias interpretativas**

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores

- de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de la Ley N° 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.
61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:
- a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.
  - b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que solo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada

de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

- c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.
- d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

### §6. El derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes

- 62. Sin perjuicio de lo dicho en el punto §4 de esta sentencia, dado que los recurrentes han considerado que el referido extremo del artículo 1° de la Ley cuestionada vulnera también el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes (artículo 31° de la Constitución), este Tribunal considera necesario ocuparse sobre determinados alcances del referido derecho.
- 63. El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31° de la Constitución), y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30° de la

Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33° de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto.

- 64. De conformidad con el artículo 31° de la Constitución, el derecho de voto goza de las siguientes garantías inherentes a la delimitación de su contenido protegido:

- a) Es personal: Debe ser ejercido directamente y, en ningún caso, a través de interpósita persona.

Los demandantes han alegado que dado que el derecho de sufragio tiene **naturaleza personal**, no [es] posible (...) que un derecho con tales alcances pueda convivir con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político del Congreso. (sic).

La manifiesta ausencia de nexo lógico entre aquello que protege el requerimiento constitucional de que el voto sea personal, y este alegato de los demandantes, releva a este Tribunal de mayor análisis sobre el particular.

- b) Es igual: Esta característica deriva del mandato previsto en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, conforme al cual ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Siendo el derecho de voto una garantía institucional para la estabilidad y la convivencia armónica en una sociedad democrática, en modo alguno puede justificarse la restricción en su ejercicio por causas carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Por el contrario, dichas restricciones deben ser en todos los casos valoradas bajo el imperio del principio *pro homine*, de manera tal que toda interpretación debe encontrarse orientada a procurar el ejercicio pleno del derecho.

- c) Es libre: Esta característica del derecho de voto merece un análisis conjunto con su obligatoriedad hasta los setenta años. La libertad inherente al derecho de voto debe ser comprendida en el sentido de que a nadie pueda conminarse a que se manifieste en un determinado sentido, de manera tal que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima,

“espontánea” (artículo 176°) y responsable entre las distintas opciones posibles. La “decisión”, consiguientemente, jamás puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia (artículo 2°, inciso 3) ni menos aún sobre la integridad física, psicológica o moral (artículo 2°, inciso 1).

Sin embargo, en aras de forjar una identidad ciudadana con los principios consubstanciales a la participación política y la democracia, el constituyente no solamente ha estatuido el voto como un derecho, sino como un deber, de modo tal ha optado por estatuir el voto obligatorio, dando lugar a que, sin perjuicio de lo expuesto, ante la ausencia de causas justificadas, pueda derivarse alguna sanción administrativa por no acudir a las urnas.

- d) Es secreto: Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Este componente del derecho al voto deriva, a su vez, del derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas (artículo 2°, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea.
65. Pues bien, expuestos así los ámbitos protegidos por el derecho fundamental de todo ciudadano a elegir a sus representantes, resulta evidente que el artículo 1° de la Ley impugnada, al establecer la “barrera electoral”, no resulta contrario a este derecho. En efecto, dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún, exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar.
66. Los demandantes justifican así la razón por la que consideran afectado el referido derecho fundamental: el condicionamiento porcentual para acceder a un escaño del Congreso, contraviene manifiestamente el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, ya que aún cuando el candidato obtenga un determinado número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos con mayor

cantidad de votos para las elecciones al Congreso de la República, ello no lo hace merecedor del cargo de congresista, sino que su acceso está supeditado al resultado del porcentaje de representantes de su partido político, con lo cual, de no alcanzarse el porcentaje recogido en la ley, el candidato perdería la curul que legítimamente obtuvo, en tanto su elección es el reflejo de la voluntad popular, que parte precisamente del derecho constitucional de los ciudadanos de poder elegir a sus representantes.

67. En tal sentido, no sólo resulta que los demandantes erróneamente consideran que nuestro sistema electoral se encuentra regido por el principio de la mayoría, conforme al cual quienes mayor cantidad de votos han alcanzados excluyen, necesariamente, al resto (sin ninguna consideración de proporcionalidad entre las fuerzas políticas participantes), sino que parecen sugerir que pertenece al contenido protegido del derecho al voto, tener la garantía de que el candidato por el que se ha votado, ocupe necesariamente un escaño en el Congreso, lo que a todas luces constituye un despropósito; máxime si se tiene en cuenta que una vez elegidos, todos los congresistas representan a la Nación (artículo 93° de la Constitución).

#### **§7. Los requisitos para mantener vigente la inscripción de los partidos y movimientos políticos**

68. Por otra parte, los demandantes también han cuestionado la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.° 26859, en el extremo que, modificando el artículo 87° de la LOE, dispone que los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

Asimismo, cuestionan la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley N.° 26859, que, modificando el artículo 13° a) de la Ley N.° 28094, dispone:

Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

69. Sobre el particular, los demandantes sostienen que resultan inconstitucionales los artículos citados, pues con ellos [s]e evidencia el verdadero objetivo de la ley de modificación: la cancelación de las inscripciones de los partidos políticos que constituyen la minoría. Es decir, se afecta directamente el Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que, a fin de cuentas lo que se pretende, de forma manifiesta y expresa, es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.
70. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, resulta evidente que los reseñados artículos se encuentran orientados a cumplir similares finalidades a las que cumple la “barrera electoral”, puesto que aún cuando la democracia exija un gobierno de las mayorías con pleno respeto de los derechos fundamentales de las minorías, tales minorías y, en concreto, las minorías partidarias, sólo pueden ser consideradas relevantes en la formación y manifestación de la voluntad general que permita la gobernabilidad y el consenso (artículo 35° de la Constitución) en la medida de que gocen de un mínimo de institucionalidad representativa, y la ausencia de ello queda evidenciado cuando no se tiene representación parlamentaria, o se tiene una representatividad ínfima a nivel nacional.
71. Es por ese mismo motivo que la inscripción de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas en el Perú siempre se ha encontrado sujeta a cumplir con una determinada cantidad de firmas de adherentes<sup>[19]</sup>.
72. Por lo demás, la norma resulta acorde con el principio de proporcionalidad (artículo 200° de la Constitución), en la medida de que otorga al partido el plazo de un año para reestructurar sus bases y adoptar las medidas necesarias para poder lograr a futuro una representatividad institucional que justifique su presencia en el escenario del consenso político.
73. Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional considera plenamente constitucionales los extremos impugnados de los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 28617; y, consecuentemente, dada su esencial vinculación con la Disposición Transitoria Única de la misma Ley (a la que se hizo alusión en el Fundamento 2 *supra*), este Colegiado también considera constitucional dicha disposición.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.
2. Los criterios expuestos en los fundamentos 60 y 61 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

**SS.**

**GARCÍA TOMA**

**GONZALES OJEDA**

**ALVA ORLANDINI**

**VERGARA GOTELLI**

**LANDA ARROYO**

- 
- [1] DE VEGA, Pedro. “Democracia, representación y partidos políticos”. En: Pensamiento Constitucional. N.° 2, 1995, p.17
  - [2] BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 68 y 69.
  - [3] BOBBIO, Norberto. Liberalismo y democracia. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 106.
  - [4] STC 0042-2004-AI, Fundamento 3.
  - [5] KELSEN, Hans. Esencia y valor de la democracia. Barcelona: Editorial Labor, 1977. p. 141.
  - [6] MANIN, Bernard. Los principios del gobierno representativo. Madrid: Alianza Editorial. p. 242.
  - [7] ARAGÓN REYES, Manuel. “Estado y democracia”. En: AA. VV. El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana. Madrid: Civitas, 1997, pp. 31-45.
  - [8] STC 5854-2005-PA, Fundamento 3.
  - [9] “La Constitución como fuente de derecho”. En: La forma del poder. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.
  - [10] ARAGÓN REYES, Manuel. “La Constitución como paradigma”. En: AA.VV. El significado actual de la Constitución. México D.F: UNAM, 1998, p. 21.
  - [11] Vid. STC 4677-2004-PA, Fundamento 12.

- [12] “Artículo 90° de la Constitución.- (...) Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio.”
- [13] “Artículo 91° de la Constitución.- No pueden ser elegidos miembros del Parlamento Nacional si no han renunciado al cargo seis (6) meses antes de la elección:
- Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General.
- Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo.
- El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, y
- Los demás casos que la Constitución prevé.”
- [14] STC 5854-2005-PA, Fundamento 12.
- [15] STC 1417-2005-AA, Fundamentos 9 y 10.
- [16] NOHLEN, Dieter. Sistemas Electorales y Partidos Políticos. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 34.
- [17] NOHLEN, Dieter. “Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales”. En: AA. VV. Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Universidad de Heidelberg / Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación / Instituto Federal Electoral / Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 156.
- [18] Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 75/1985, Fundamento 5.
- [19] El Decreto Ley 11172, del 30 de setiembre de 1949, exigía 20 mil firmas de adherentes para la inscripción del partido (2.57% del electorado aprox). La misma cantidad de firmas fue exigida por los Decretos Leyes 13713 Decreto Ley 14250, este último del 5 de diciembre de 1962. El Decreto Ley 21995, del 15 de noviembre de 1977, que rigió sólo para las elecciones de la Asamblea Constituyente de ese entonces, modificó la cifra exigiendo 40 mil adherentes (0.59% del electorado aprox.). El Decreto Ley 22652, del 27 de agosto de 1979, mantuvo la cifra. El 24 de agosto de 1984, se expidió la Ley 23903, que elevó la valla hasta 100 mil firmas (1.19% del electorado aprox). La Ley 25684, del 21 de agosto de 1992, mantuvo la valla de 100 mil firmas (0.99% del electorado aprox). La Ley 26859, del 29 de setiembre de 1997, establece el requisito de 4% de firmas de adherentes (500 mil electores aprox). La Ley 27369, del 17 de noviembre de 2000, disminuye la valla al 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox). Finalmente, la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, en concordancia con la Ley Orgánica de Elecciones establece el 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox).

## PRECEDENTE VINCULANTE

### COMENTARIO

En esta sentencia, expedida en la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas que regularon el Régimen de Arbitrios de la Municipalidad de Miraflores en el periodo de 1997 a 2004; respecto de la transgresión de los principios de legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva previsto en el artículo 74 de la Constitución y el principio de no retroactividad de la Ley, previsto en el artículo 103 de la Constitución. Se estableció como precedente vinculante **que todas las demás municipalidades del país se encuentran sometidas, a partir de la fecha, a las reglas vinculantes establecidas en esta Sentencia, bajo sanción de nulidad de sus ordenanzas; en cuanto a la determinación del importe de los arbitrios de limpieza pública y serenazgo.** Asimismo, se pecisó la no retroactividad de los efectos de esta Sentencia.

**EXPEDIENTE N° 053-2004-PI/TC**

**LIMA**

**DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de mayo 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:

#### I. ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra las Ordenanzas que regularon el régimen de arbitrios de la Municipalidad de Miraflores en el periodo 1997 a 2004.

#### II. DATOS GENERALES

|                 |                                    |
|-----------------|------------------------------------|
| Tipo de proceso | : Proceso de Inconstitucionalidad. |
| Demandante      | : Defensoría del Pueblo.           |

Norma sometida a control : Ordenanzas Distritales N.os 142 y 143 (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM(1999); N.º 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997).

Bienes demandados: Los principios de legalidad (ratificación dentro del plazo), no confiscatoriedad y capacidad contributiva, establecidos en el artículo N° 74° de la Constitución.

El principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículo 103° de la Constitución.

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de las Ordenanzas Distritales Nos 142 y 143 (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM (1999), 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997).

Se declare como inválidos los efectos jurídicos generados sobre la base de las ordenanzas cuestionadas (sic).

### III. NORMAS DEMANDADAS POR VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD

Ordenanzas Distritales Nros. 142 y 143° (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM (1999); 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997), que establecen y regulan el cobro de arbitrios por limpieza pública; parques y jardines; y serenazgo.

### IV. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LAS PARTES

#### A) Demanda

##### a. Sobre la inconstitucionalidad de las Ordenanzas N° 142° y 143°

La demandante plantea demanda de inconstitucionalidad contra diversas Ordenanzas que regulan el régimen de arbitrios municipales de la Municipalidad de Miraflores, por considerar que dichas normas desde su origen contienen vicios de inconstitucionalidad, por vulnerar los principios de legalidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, recogidos por el artículo 74° de la Constitución.

Respecto al principio de legalidad, refiere que implica que no sólo se debe resguardar el instrumento que crea el tributo, sea una ley o norma con rango de ley –ordenanza municipal en el

caso de gobiernos locales, sino, además, que se cumplan las formalidades preestablecidas por el ordenamiento jurídico para su vigencia, esto es, la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades; y que solo así podría afirmarse que la ordenanza ha sido válidamente emitida.

Sobre la base de ello sostiene que las Ordenanzas N° 142 (aprueba el marco legal del régimen tributario del distrito) y N° 143 (aprueban los importes de arbitrios), vulneran el principio de legalidad tributaria, dado que ninguna de ellas ha cumplido con el requisito de la ratificación aprobado por Acuerdo de Concejo Municipal antes del 30 de abril del ejercicio 2004, conforme lo establece el artículo 69°, ordinal A) de la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo N° 776.

Alega que el plazo del 30 de abril debe regir no solo para la publicación de las ordenanzas distritales, sino también para su ratificación, puesto que en la medida que el Acuerdo de Concejo ratificatorio genera efectos hacia delante, no sería razonable interpretar que la norma tributaria –Decreto Legislativo N° 776- haya pretendido una aplicación retroactiva de la norma ratificatoria para validar los efectos desplegados por la ordenanza distrital (publicada antes del 30 de abril) después del 30 de abril y hasta que se publicó esta.

De otro lado, sostiene que las referidas Ordenanzas han violado el principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículo 103° de la Constitución, agregando que la norma ratificada y publicada solo genera efectos jurídicos hacia delante y no como lo entienden los gobiernos locales, para quienes, sea cual sea la fecha de publicación y ratificación, procede la aplicación retroactiva de la norma al 1 de enero del ejercicio fiscal y para todo el ejercicio fiscal en curso, aun cuando la norma no haya sido válidamente emitida.

Por ello, solicita que el Tribunal se pronuncie sobre: a) la aplicación temporal de ordenanzas tributarias distritales, ratificadas oportunamente por el Concejo Municipal; b) la validez de los efectos jurídicos de estas ordenanzas cuando la ratificación y publicación se produce luego del 30 de abril; c) el momento originario en que se hace exigible al contribuyente el pago por concepto de arbitrios.

Asimismo, aduce que la prepublicación de la ordenanza distrital a que se refiere el artículo 60° de la Ley de Tributación Municipal, –antes de la modificación del Decreto Legislativo 952– debe ser exigida también a las ordenanzas.

Finalmente, tomando en cuenta los mismos criterios utilizados por el INDECOPI a través de los “lineamientos de la comisión de acceso al mercado sobre arbitrios municipales”, alega que los importes cobrados por la Municipalidad de Miraflores son confiscatorios ya que no se sustentan en la verificación del hecho imponible, ni en criterios admisibles de determinación del costo efectivo del servicio (como el valor del predio, para el caso del arbitrio de limpieza pública; o el uso del inmueble, para el caso del arbitrio de parques y jardines).

**b. Sobre la inconstitucionalidad de las Ordenanzas N° 033-97-MM, 48-98-MM, 57-99-MM, 70-2000-MM, 86, 100 y 116, emitidas por la Municipalidad de Miraflores, aplicables a los ejercicios fiscales de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.**

En estos casos se pretende una declaración que sancione como inválidos los efectos subsistentes de las referidas ordenanzas, es decir, que se determine la prohibición de la eficacia ultractiva de estos dispositivos.

Respecto al requisito de ratificación, la Defensoría del Pueblo indica que las Ordenanzas N° 33-97-MM (pub. 08.03.97), N° 048-98-MM (pub. 20.02.98), N° 100 (pub 06.02.02) y N° 116 (pub 26.01.03) no cumplen con el requisito de la ratificación oportuna que debe efectuar la Municipalidad Metropolitana de Lima, conforme lo establece el artículo 69°, inciso A del Decreto Legislativo N° 776.

Alega que para el cobro de arbitrios se ha establecido un modelo confiscatorio de recaudación en razón a la fecha establecida para el pago del tributo municipal.

**B) Contestación de la demanda**

En primer lugar, la Municipalidad de Miraflores afirma que las Ordenanzas dictadas han cumplido con regular cada uno de los elementos constitutivos del tributo, por lo que no se ha vulnerado el principio de legalidad tributaria.

Precisa que ni la Ley Orgánica de Municipalidades, ni el Decreto Legislativo N° 776, señalan el plazo en que debe producirse la ratificación de la Municipalidad Provincial y su respectiva publicación. De allí que durante mucho tiempo se haya venido interpretando que el plazo límite del 30 de abril, mencionado en la Ley de Tributación Municipal, se refería únicamente a la publicación de la ordenanza distrital.

Por ello, añade que recién con la interpretación del Tribunal Constitucional efectuada en la STC N° 0041-2004-AI/TC, se considera que el plazo del 30 de abril también se refiere a la ratificación y a su publicación; y que antes de ello imperaba un vacío legal que propiciaba incertidumbre jurídica, favorecida por las deficiencias legales.

Aduce que sería irrazonable que se la sancione con la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de los efectos jurídicos subsistentes de estas ordenanzas, dado que no tenía responsabilidad en las deficiencias e incertidumbres derivadas de la legislación sobre tributación municipal de tasas por servicios públicos.

Aun así, advierte que las Ordenanzas Nros 57-99-MM, 70-2000-MM y 86-2001-MM, fueron debidamente ratificadas por la Municipalidad de Lima y publicadas antes del 30 de abril del respectivo ejercicio fiscal, lo que las hace incuestionables en su aprobación, aplicación y vigencia, por ajustarse a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 041-2004-AI/TC.

Respecto a las Ordenanzas Nros 33-1997, 48-1998, 100-2002, 116-2003, 142-2004 y 143-2004, refiere que fueron publicadas con anticipación por la Municipalidad de Miraflores, pero que no fueron ratificadas antes del 30 de abril dado que el Concejo de Lima no lo hizo en ese lapso. Agrega que el Tribunal Constitucional deberá tomar en cuenta que la Municipalidad de Miraflores no estaba en la capacidad jurídica de controlar o exigir que sus ordenanzas sobre arbitrios sean ratificadas dentro del plazo señalado.

Precisa que si bien las Ordenanzas Nros 48-98 y 116-2003, referidas a los ejercicios fiscales 1998 y 2003, no fueron ratificadas antes del 30 de abril, las mismas no pueden ser cuestionadas dado que, en rigor, no introdujeron mayores cambios. Así, la Ordenanza N° 048-98 estableció que el monto por arbitrios para 1998 tomará como base la tasa cobrada en el año anterior, reajustada con la aplicación del Índice de Precios al consumidor al 31 de diciembre de 1997.

Añade que la Ordenanza N° 116-2003 también utilizó dicha fórmula, tomando como base los montos de las tasas cobradas en el año anterior reajustadas con el Índice de Precios al Consumidor del año 2002.

Respecto al requisito de la prepublicación, se adhiere a lo señalado por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que éste no constituye un requisito esencial de validez.

Sobre los criterios para la distribución del importe de los arbitrios, sostiene que no concuerdan con la alegación de la Defensoría del Pueblo por lo siguiente:

Primero, porque el supuesto modelo confiscatorio de recaudación ya habría sido desestimado por el propio Tribunal Constitucional en el fundamento 67 de la STC N° 0041-2004-AI/TC.

Segundo, por cuanto el uso del criterio Valor de Predio no fue el principal sino el complementario a otros utilizados por la Municipalidad de Miraflores.

De otro lado, señala que el Tribunal Constitucional deberá modular los efectos de esta sentencia en el tiempo, considerando que resultaría excesivo para la seguridad jurídica si se declara la inconstitucionalidad de algunas ordenanzas con efectos retroactivos; sobre todo porque la legislación sobre tributación municipal y arbitrios entonces vigente no establecía un plazo legal explícito para la ratificación y publicación de las ordenanzas cuestionadas y, en ese sentido, la interpretación establecida por el Tribunal debe utilizarse hacia el futuro y no acarrear la nulidad y aplicación retroactiva respecto a Ordenanzas que fueron oportunamente aprobadas, publicadas y remitidas para su ratificación, dejándose a salvo los efectos y relaciones producidas durante su vigencia.

Finalmente, invoca que el Tribunal tome presente la necesaria continuidad de los servicios; y, en ese sentido, aun en el supuesto que se declare la inconstitucionalidad de alguna Ordenanza por el retardo de la ratificación, precise que esta decisión no prohíbe ni impide la continuidad o inicio de procedimiento de cobranza por los arbitrios impagos, siempre que el monto exigido se establezca ya no en función de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, sino aplicando lo estipulado en el artículo 69° inciso B de la Ley de Tributación Municipal. Es decir, recalculando la deuda en cada caso particular y fijando el monto de acuerdo a lo establecido en la

ordenanza válida del año anterior, actualizada según el Índice de Precios al Consumidor.

#### **V. CARÁCTER VINCULANTE DE LA SENTENCIA N° 0041-2004-AI/TC (ARBITRIOS- MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO DE SURCO)**

Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos. Así lo ha dispuesto el Código Procesal Constitucional mediante sus artículos 81° y 82°, estableciendo que la sentencia que declara fundado el proceso de inconstitucionalidad tiene alcance general y calidad de cosa juzgada, por lo que vincula a todos los poderes públicos, produciendo efectos desde el día siguiente de su publicación. La materia tributaria, sin embargo, está exceptuada de esta regla ex nunc, en cuyo caso, este Colegiado puede modular los alcances de su fallo en el tiempo.

De igual manera, en concordancia con el artículo VII del Título Preliminar del citado texto, 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.

Mediante la STC N° 0041-2004-AI/TC este Tribunal se pronunció en un proceso de Inconstitucionalidad sobre diversos temas relacionados con el ejercicio de la potestad tributaria municipal en la creación y determinación de arbitrios, sentando –por la propia naturaleza del proceso- jurisprudencia vinculante no solo respecto al fallo, sino a la totalidad de su contenido.

Y es que, a diferencia de los procesos constitucionales de la libertad, cuyos efectos vinculan únicamente a las partes –salvo se establezca el precedente vinculante a que hace referencia el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional–, la sentencia con calidad de cosa juzgada en un proceso de inconstitucionalidad resulta de incuestionable cumplimiento para todos los aplicadores públicos y privados de las normas jurídicas, en la integridad de sus términos.

En esta lógica, los términos de la STC N° 0041-2004-AI/TC, al ser cosa juzgada y tener fuerza de ley, deben ser aplicados en el proceso que hoy se resuelve y, por conexión, a aquellos otros casos similares que, sin ser parte del presente proceso de Inconstitucionalidad, presenten ordenanzas sobre arbitrios con la misma problemática.



### **§1. La obligación y responsabilidad de ejecutar la sentencia constitucional en sus propios términos**

La calidad de cosa juzgada de una sentencia del Tribunal Constitucional no sólo impide que su fallo sea contradicho en sede administrativa o judicial, sino que prohíbe, además, que sus términos sean tergiversados o interpretados maliciosamente, bajo sanción de los funcionarios encargados de cumplir o ejecutar la sentencia en sus propios términos.

En efecto, la función esencial de la jurisdicción constitucional es garantizar «la primacía de la Constitución» y asegurar, en todo momento, el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa. Desde esa perspectiva, la STC N° 0041-2004-AI/TC no sólo se pronunció sobre la constitucionalidad de las ordenanzas impugnadas, en base a la eficacia normativa de la Constitución y las normas derivadas del bloque de constitucionalidad, sino que en tal labor, adicionalmente tomó en cuenta consideraciones de índole social y económico que ningún Tribunal Constitucional puede soslayar.

De este modo, para lograr resultados más valiosos para la sociedad, buscó la concordancia práctica entre la autonomía municipal en el ejercicio de la potestad tributaria y el respeto a las garantías de los vecinos contribuyentes en el marco de los principios de reserva de ley, igualdad, seguridad jurídica y transparencia.

Siendo este el fin perseguido con lo resuelto en la STC N° 0041-2004-AI/TC, de ninguna manera puede afirmarse que su contenido haya previsto resultados más desventajosos que aquellos que existirían si aún pervivieran en nuestro sistema jurídico las normas que en tal oportunidad fueron declaradas inconstitucionales.

No en vano, y tratándose de un problema recurrente, este Tribunal emitió con anterioridad<sup>[1]</sup> pronunciamientos vinculantes alertando a los municipios distritales respecto a la observancia del requisito de ratificación y sobre los criterios válidos de distribución de costos, quedando a su entera responsabilidad las consecuencias del incumplimiento de lo ahí dispuesto.

En ese sentido, las autoridades municipales vinculadas directamente por la decisión de este Colegiado no sólo tienen la responsabilidad de acatar los términos de tal sentencia en su verdadera esencia y buscar darle la mayor efectividad, sino también la obligación de evitar

causar mayor desconcierto en la comunidad local, sobre todo cuando la problemática en la regulación de los arbitrios municipales –sea por deficiencias en la producción normativa o en los criterios para la determinación y distribución del costo global–, ha alcanzado gran trascendencia social, siendo de interés superior de la comunidad local lograr prontas soluciones.

### **VI. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES**

Siguiendo la jurisprudencia vinculante recaída en la STC N° 0041-2004-AI/TC, corresponde pronunciarse respecto a los siguientes temas y establecer las reglas que se deriven en cada caso:

- \* El marco constitucional de la potestad tributaria de los gobiernos locales desde el Bloque de la Constitucionalidad.
- \* La declaratoria de Inconstitucionalidad de normas derogadas que aún no agotan sus efectos en el tiempo.
- \* El requisito de la ratificación como elemento esencial para la producción normativa de ordenanzas distritales sobre arbitrios y el plazo para su validez y vigencia.
- \* La apreciación de razonabilidad para establecer los criterios de distribución del costo global por arbitrios.
- \* La capacidad contributiva como criterio de distribución de costos y el uso de autoavalúo.
- \* La verificación de confiscatoriedad en el caso de arbitrios.
- \* Los efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Adicionalmente, tomando en cuenta el petitorio conjunto de los representantes de la Defensoría del Pueblo y de la Municipalidad de Miraflores a fin de que mediante la presente sentencia se fijen criterios generales para otros casos –dado que la existencia de vicios de inconstitucionalidad en la producción normativa de ordenanzas que crean arbitrios, se constituye en un problema recurrente en varios municipios del país–, el Tribunal Constitucional precisará la manera en que estos criterios deberán ser observados por otras Municipalidades que, sin ser parte de este proceso o sin que sus ordenanzas hayan sido cuestionadas formalmente en un proceso de inconstitucionalidad, presenten los mismos vicios de validez que ya han merecido sanción por este Tribunal.

## VII. FUNDAMENTOS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL

### A. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DE LOS GOBIERNOS LOCALES

El artículo 74° de la Constitución establece que los gobiernos regionales y locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exoneraciones de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. Asimismo, estipula que el Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona, estableciendo que ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Por su parte, el inciso 4 del artículo 195° de la Constitución establece que los gobiernos locales son competentes para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, conforme a ley.

#### § 1. Potestad tributaria municipal ejercida según configuración legal por mandato constitucional

De lo anterior se deduce que la Constitución reconoce potestad tributaria originaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) sea dentro de los límites que señale la ley.

Esto quiere decir que la Constitución ha dispuesto que sea por ley como se desarrollen las reglas de contenido material o de producción jurídica que sirvan para determinar la validez o invalidez de las normas municipales que crean tributos. En este caso, dicho contenido se encuentra previsto en las disposiciones de la Ley de Tributación Municipal y en la Ley Orgánica de Municipalidades.

#### § 2. Límites constitucionales para la regulación de la potestad tributaria municipal

Cabe precisar, sin embargo, que la frase “dentro de los límites que señala la ley”, debe ser entendida de forma tal, que la libertad que la Constitución ha otorgado al legislador para la determinación de la potestad tributaria municipal se encuentre, a su vez, limitada ahí donde la Constitución lo ha establecido bajo pena de invalidez; es decir, cuando se trate de preservar

bienes constitucionalmente garantizados. Ello, en doctrina, es lo que se conoce como límites inmanentes (límites a los límites).

En tal virtud, la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto a los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, así como también a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia.

### B. EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA MUNICIPAL

La evaluación de la constitucionalidad de las ordenanzas que crean arbitrios implicará tomar en cuenta el parámetro de control constitucional o Bloque de la Constitucionalidad, que integra tanto a la Ley Orgánica de Municipalidades como a la Ley de Tributación Municipal que, con arreglo a la Constitución, regulan la producción normativa municipal en materia tributaria.

En anteriores oportunidades el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el contenido del parámetro de constitucionalidad, señalando que el mismo “(...) puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la regulación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido”. (STC N.° 007-2002-AI/TC y STC N.° 0041-2004-AI/TC).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la referencia al parámetro de constitucionalidad o Bloque de la Constitucionalidad, tiene como antecedente inmediato el artículo 22° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que hoy se incorpora en el artículo 79° del Código Procesal Constitucional como principio de interpretación,

cuyo tenor es: “(...) para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona” (Subrayado nuestro).

En estos casos, las infracciones directas a las normas que conforman el parámetro de constitucionalidad determinarán, por consiguiente, afectaciones indirectas a la jerarquía normativa de la Constitución, como lo prevé el artículo 75° del Código Procesal Constitucional.

### **§ 1. La declaratoria de inconstitucionalidad de normas derogadas que aún no agotan sus efectos en el tiempo**

Tomando en cuenta que las ordenanzas cuya inconstitucionalidad se alega son normas ya derogadas pero con efectos que aún perviven en el tiempo, la Defensoría del Pueblo ha solicitado a este Tribunal su pronunciamiento en estos casos, a fin de prohibir la eficacia ultractiva de estos dispositivos.

En efecto, este Tribunal admite la posibilidad de revisar la constitucionalidad de normas derogadas, toda vez que la derogación termina con la vigencia de la norma pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico, afectando su efectividad futura, mas no su existencia. Se verifican dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúa desplegando sus efectos y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

Es, entonces, procedente que este Colegiado emita un pronunciamiento de fondo respecto a las ordenanzas sobre arbitrios impugnadas en este proceso, toda vez, que en base a las mismas no solo podrían haberse generado procedimientos administrativos de cobranza de deuda sino también que aun cuando ello no fuera así, al tratarse de materia tributaria, esta sentencia de inconstitucionalidad podría alcanzar los efectos que la norma cumplió en el pasado.

### **§ 2. El requisito de la ratificación como elemento esencial para la producción normativa de ordenanzas distritales sobre arbitrios y el plazo para su validez**

El Tribunal Constitucional, con criterio vinculante, ha establecido que es procedente que el legislador imponga un requisito a la producción normativa municipal en materia tributaria: la ratificación, puesto que: “(...) no resulta contrario ni a la garantía institucional de la autonomía municipal ni tampoco al principio de legalidad en materia tributaria; por cuanto, en un Estado descentralizado como el peruano, los distintos niveles de gobierno deben apuntar a similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer –sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles–, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74° de la Constitución”. (STC 0007-2001-AI/TC).

No obstante, conviene ahondar en esta afirmación para explicar por qué este requisito se consustancia con la garantía constitucional de la autonomía municipal. De no hacerlo, se entendería que el Congreso al regular mediante ley –por mandato constitucional– el ejercicio de la potestad tributaria municipal, no habría tomado en cuenta la observancia de la Constitución como un todo normativo y de eficacia integradora, en virtud del cual la garantía institucional de la autonomía local torna exigibles las garantías positivas necesarias para resguardar una capacidad “efectiva” de autogobierno local como elemento esencial de la llamada autonomía local.

### **§ 3. El contenido de la garantía institucional de la autonomía local**

Como se ha precisado en la sentencia recaída en el Exp. N° 0007-2001-AA/TC, mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales que se desenvuelvan “(...) con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos)” [Fund. Jur. N.°6]. Es decir, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente

les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno.

Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquella es reconocida por el ordenamiento jurídico, su desarrollo debe realizarse respetando este. Por ello, una primera regla para evaluar el ejercicio de la autonomía municipal es que su contenido nunca puede oponerse al principio de unidad, dado que, en un Estado unitario y descentralizado como el nuestro, la autonomía se considera como “parte del todo”, y solo vista desde esta perspectiva puede alcanzar su verdadera dimensión.

De este modo, siempre que esta garantía se mantenga «(...)en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar<sup>[2]</sup> y observe los principios de proporcionalidad y razonabilidad, entre otros, podremos afirmar válidamente que, en el caso que nos concierne, un requisito para el ejercicio de la potestad normativa tributaria de las municipalidades distritales como lo es la ratificación, resultará compatible con la Constitución y estará legítimamente incorporado al Bloque de Constitucionalidad, cuando no afecte el contenido mínimo de la garantía de autonomía local.

En ese mismo sentido, deberá considerarse que tal contenido mínimo –a no ser sobrepasado por ninguna previsión legislativa, debe ser evaluado y delimitado en cada caso, ponderando conjuntamente otros bienes de protección constitucional con igual relevancia.

#### **§ 4. Sustento de la ratificación como requisito para la producción normativa municipal. ¿Afecta el contenido mínimo de la autonomía local constitucionalmente garantizado?**

La capacidad de autogobierno municipal tiene en la potestad de emitir normas jurídicas (autonomía normativa) a uno de sus elementos característicos y esenciales; en el ejercicio de esta potestad y, específicamente, la tributaria, el resguardo constitucional no sólo se centrará en garantizar la autonomía local, sino también en salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes.

De igual manera, conforme se señaló en la STC N° 0010-2003-AI, el plano normativo de la autonomía que la Constitución

garantiza a las Municipalidades debe ser ejercido en función del interés de los vecinos, toda vez que las municipalidades son reconocidas como instituciones representativas de los vecinos de una determinada localidad, y están llamadas a promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales, así como a fomentar el bienestar de los vecinos y el desarrollo integral y armónico de sus circunscripciones.

En ese sentido, el acto administrativo de la ratificación es un requisito esencial para la producción normativa de las ordenanzas distritales en materia tributaria local, el cual regulado por el artículo 40°, tercer párrafo de la Ley N.° 27972, Orgánica de Municipalidades, que señala que “(...) las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia (...)”<sup>[3]</sup>.

Ahora bien, si el legislador ha optado por establecer este requisito para la producción normativa municipal, ¿se desnaturalizaría el contenido mínimo de la autonomía municipal?; o, en otras palabras, ¿ello impediría seguir reconociendo el ejercicio de la potestad tributaria en el caso de los municipios distritales? Evidentemente no.

En efecto la ratificación no le resta capacidad de gestión y autogobierno al municipio distrital, toda vez que será este el único capaz de establecer el costo global del servicio brindado y su distribución. Mediante la ratificación, el municipio provincial no le enmienda la plana al distrital, ni invade un espacio naturalmente destinado a éste, sino que únicamente constata que aquellos costos que se pretenden trasladar al contribuyente de una localidad determinada se encuentren perfectamente sustentados.

Contrario sensu, al no existir justificación razonable de lo que se pretende cobrar al contribuyente, es lógico que el sistema jurídico impida, mediante el filtro de la ratificación, utilizar como base de cálculo una norma que atenta contra el interés de los vecinos y la adecuada prestación de los servicios públicos, la que se verifica, no solo por la efectiva prestación del servicio, sino por la valoración de su costo en base a circunstancias generadoras reales.

### **§5. Sustento de la ratificación: concordancia práctica de bienes constitucionales**

Reiterando lo señalado en el Fundamento 11 de la STC N° 041-2004-AI/TC, la ratificación se sustenta en la necesidad de armonizar y racionalizar el sistema tributario a nivel de municipalidades y así evitar posibles sobrevaloraciones de costos; de otro lado otorga seguridad jurídica<sup>[4]</sup> a los contribuyentes, principio que constituye un deber para todo poder público.

De este modo, como consecuencia de la ponderación de bienes constitucionales en base al principio de “concordancia práctica”, puede concluirse que, con tal requisito, no sólo no se desconoce la autonomía normativa municipal en materia tributaria, sino que también se otorga igual eficacia a otro bien constitucional, garantizando que el contribuyente asuma las cargas tributarias que efectivamente le corresponde.

Asimismo, la existencia de la ratificación como un mecanismo de filtro previo se justifica también porque la Contraloría General de la República –entidad encargada de la supervisión y auditoría del buen uso de recursos estatales– únicamente efectúa un control posterior de tales cuestiones.

### **§ 6. Reglas de validez y vigencia de las ordenanzas distritales que crean arbitrios**

Luego del análisis efectuado, se reafirma el requisito de ratificación como uno esencial de validez para la ordenanza distrital sobre arbitrios; y en el mismo sentido, se reitera la necesidad de que se concrete en un momento tal, que garantice la efectividad de su objetivo; es decir, dentro de un plazo razonable.

Es bajo esa lógica que este Tribunal interpreta el plazo del artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, en concordancia con el artículo 40° de la Ley Orgánica de Municipalidades (antes artículo 94° de la Ley N° 23853), el cual, se refiere a la ordenanza “en tanto válida y vigente”, no admitiendo interpretaciones contrarias que desnaturalicen la finalidad constitucional de protección de los derechos de los contribuyentes, al afirmar que este requisito puede darse en cualquier momento. Esta es la única interpretación válida en el

ordenamiento jurídico para este caso desde el momento en que rigió la norma.

### **§ 7. Ratificación: elemento constitutivo de validez**

Consecuentemente, la ratificación de ninguna manera puede tener una finalidad meramente declarativa de validez –no tendría ningún sustento ni sentido si así se hubiera previsto–, sino más bien constitutiva. Su cumplimiento es condicionante para afirmar la observancia del principio de reserva de ley en materia tributaria municipal.

En ese sentido, siguiendo los principios de la teoría general del derecho que distingue entre validez y vigencia (eficacia frente a terceros), podemos concluir que una ordenanza será válida cuando ha sido aprobada por el órgano competente y dentro del marco de sus competencias, esto es, respetando las reglas de producción normativa del parámetro de constitucionalidad, las cuales exigen el requisito de la ratificación; y por otro lado, estará vigente cuando adquiera legitimidad para ser exigida en su cumplimiento, esto es, mediante el requisito de publicidad derivado del artículo 51° de la Constitución.

En resumen, la ratificación es un requisito sine qua non para la validez de la ordenanza distrital sobre arbitrios y la publicación del acuerdo ratificatorio un requisito esencial para su vigencia; sólo después de cumplidos estos dos requisitos, la ordenanza distrital podrá ser exigida a los contribuyentes.

### **§ 8. La reserva de ley en materia de tributación municipal**

La reserva de ley en materia tributaria determina que todos los elementos esenciales del tributo (hecho generador, base imponible, sujetos y alicuota) sean creados mediante ley. Específicamente, en el caso de los gobiernos locales, la propia Constitución ha conferido a la ordenanza el rango de ley para ser utilizada como instrumento normativo idóneo para el ejercicio de su potestad tributaria.

En el caso de los municipios, se constata el respeto a la reserva de ley, cuando el tributo ha sido creado por ordenanza siguiendo las reglas de producción normativa del parámetro de constitucionalidad y cuando cada uno de los elementos constitutivos del tributo se encuentren regulados en él (esto

incluye la base imponible y alícuota que normalmente se derivan del informe técnico); de lo contrario, ninguna autoridad se encontraría habilitada para cobrar tributos con base a dicha norma. En razón a ello, no es posible la derivación de ninguno de los elementos constitutivos del tributo a ninguna norma de menor jerarquía o que estos sean regulados en momento distinto al de la norma que crea el arbitrio.

### § 9. Posición del Tribunal Constitucional y reglas de observancia obligatoria

Respecto a los requisitos para la validez y vigencia, así como al momento en que la ordenanza que crea arbitrios puede ser exigida a terceros, se reiteran las conclusiones expuestas en los fundamentos 15 al 27 de la STC N° 0041-2004-AI/TC:

- \* La ratificación es un requisito esencial para la validez de la ordenanza que crea arbitrios
- \* La publicación del Acuerdo de Concejo Provincial que ratifica, es un requisito para su vigencia.
- \* El plazo del artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, es el plazo razonable para la ratificación y publicación del Acuerdo de Concejo que ratifica la ordenanza.
- \* Sólo a partir del día siguiente de la publicación de dicho acuerdo dentro del plazo, la municipalidad distrital se encuentra legitimada para cobrar arbitrios.
- \* En caso que no se haya cumplido con ratificar (requisito de validez) y publicar (requisito de vigencia) una ordenanza dentro del plazo previsto, corresponde la aplicación del artículo 69-B de la Ley de Tributación Municipal; en consecuencia, el arbitrio se cobrará en base a la ordenanza válida y vigente del año fiscal anterior reajustada con el índice de precios al consumidor.
- \* Si la norma del año anterior no cuenta con los requisitos de validez y vigencia, deberá retrotraerse hasta encontrar una norma que reúna tales requisitos y sirva de base de cálculo.

## VIII. FUNDAMENTOS DE CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

### A. LA APRECIACIÓN DE RAZONABILIDAD PARA ESTABLECER LOS CRÍTERIOS DE DISTRIBUCIÓN DEL COSTO GLOBAL POR ARBITRIOS

Los problemas en la regulación de arbitrios no sólo se han presentado a nivel formal por el incumplimiento del requisito de la ratificación (confiscatoriedad cualitativa/violación de la reserva de ley), sino también respecto al costo global del arbitrio y la distribución de su carga económica entre los vecinos contribuyentes, quienes de manera recurrente denuncian aumentos irrazonables e injustificados año tras año, que este Tribunal ha conocido en diversas acciones de amparo en casos particulares.

Esta situación importa, por un lado, a) la necesidad de que los órganos de control supervisen de manera estricta la forma como los Municipios calculan el costo total de los arbitrios; y, b) la necesidad de fijar legalmente los criterios mínimos para la distribución del costo global entre los contribuyentes de cada localidad.

En este último aspecto, la STC N° 0041-2004-AI/TC marcó un cambio de jurisprudencia respecto a la STC N° 0918-2002-AA/TC (Caso Estudio Navarro Abogados SCR Ltda.), estableciendo que será la razonabilidad, el parámetro determinante para la determinación de un criterio cuantificador como válido, mediante la siguiente regla:

- \* Los parámetros objetivos de distribución de costos serán razonablemente admitidos como válidos cuando hubiese una conexión lógica entre la naturaleza del servicio brindado (en cada caso, sea seguridad, salubridad o limpieza) y el presunto grado de intensidad del uso de dicho servicio (fundamento 41).

#### §1. Cada tipo de servicio presenta una fórmula distributiva propia

Asimismo, el Tribunal advirtió que estos parámetros objetivos de distribución de costos no pueden aplicarse como plantilla en todos los casos, sino que dependerán de la propia naturaleza del servicio brindado; en consecuencia:

Será la distinta naturaleza de cada servicio la que determine, en cada caso, la opción distributiva de costos más adecuada para conseguir la cuota distributiva ideal.

## §2. Parámetros mínimos de validez constitucional que permiten acercarse a opciones de distribución ideal

Conforme lo advertimos en la STC N° 0041-2004-AI/TC, el objetivo de señalar algunos criterios razonables que resulten válidos para cada uno de los tres tipos de arbitrios analizados, constituye una condición indispensable que debe observarse en cada caso; por ello, será responsabilidad de cada municipio encontrar –partiendo de esta base– fórmulas que logren, a través de la regla de ponderación, una mejor distribución del costo por servicios brindados. Consecuentemente, los gobiernos locales no pueden, de modo alguno, maliciosamente malinterpretar y aplicar el sentido de los criterios anteriormente expuestos, para sustentar y justificar, omitiendo la regla de ponderación, la distribución de costos con resultados deliberadamente perjudiciales para los contribuyentes; y, con ello encubrir gestiones administrativamente ineficientes y contrarias a la naturaleza de la actividad municipal.

El criterio de razonabilidad determina que, pudiendo existir diversas fórmulas para la distribución del costo total de arbitrios, se opte por aquella que logre un mejor equilibrio en la repartición de las cargas económicas, tarea que por su grado de tecnicidad debe ser realizada por el propio municipio, no sólo porque cuenta con la información de los sectores que integran su comuna y las peculiaridades en cada caso, sino también porque tiene el personal técnico especializado para cumplir con esta responsabilidad y más aún, por ser su función constitucional, en ejercicio de su autonomía, la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo, tal como lo dispone el artículo 195° de la Constitución.

Por ello, el artículo IV del título preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece como un principio de la gestión municipal, “(...) promover la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción”.

Para cumplir este fin, el municipio no sólo deberá cumplir con brindar servicios públicos, sino que, al hacerlo, deberá procurar la mayor eficiencia y continuidad en la prestación de los mismos.

## § 3. Parámetros mínimos de validez constitucional para los arbitrios de limpieza pública, mantenimiento de parques y jardines y seguridad ciudadana.

Luego de hacer hincapié en este aspecto, -ya expuesto preliminarmente en la STC N° 0041-20041-AI/TC-, se expondrá de manera general, al igual que en aquella oportunidad, algunos criterios objetivos de distribución y observancia básica que razonablemente harían presumir una mejor distribución del costo del arbitrio.

### A) Limpieza pública (fundamento 42, STC N° 0041-2004-AI/TC).

Como quiera que el servicio de limpieza pública, involucra un conjunto de actividades, como por ejemplo servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, relleno sanitario, etc., los criterios de distribución deberán adecuarse a la naturaleza de cada rubro; por ejemplo, el criterio tamaño del predio no resulta adecuado en todos los casos para distribuir el costo por recolección de basura, pues presentará matices si se trata de casa habitación o local comercial; sin embargo, sí será el correcto para el caso de limpieza de calles, no en términos de metros cuadrados de superficie, sino en cuanto a la longitud del predio, pues a mayor longitud, mayor limpieza de calles.

Cabe, entonces, efectuar las siguientes precisiones:

- El criterio tamaño del predio, entendido como metros cuadrados de superficie (área m<sup>2</sup>), guarda relación directa e indirecta con el servicio de recolección de basura, en los casos de casa habitación, pues a mayor área construida se presume mayor provocación de desechos; por ejemplo, un condominio o un edificio que alberga varias viviendas tendrá una mayor generación de basura que una vivienda única o de un solo piso.
- Para lograr una mejor precisión de lo antes señalado, deberá confrontarse, utilizando como criterio adicional, el número de habitantes en cada vivienda, lo cual permitirá una mejor mensuración de la real generación de basura.
- Para supuestos distintos al de casa habitación (locales comerciales, centros académicos, supermercados, etc), el

criterio tamaño de predio (área m<sup>2</sup>), no demostrará por sí solo una mayor generación de basura, por lo cual, deberá confrontarse a fin de lograr mayor precisión, con el criterio uso de predio, pues un predio destinado a supermercado, centro comercial, clínica, etc., presume la generación de mayores desperdicios no por el mayor tamaño del área de terreno, sino básicamente por el uso.

- Para la limpieza de calles, no puede considerarse el tamaño de predio entendido como metros cuadrados de superficie, sino únicamente como longitud del predio del área que da a la calle, pues el beneficio se da en el barrido y limpieza de las pistas y veredas circunscritas a cada predio.

**B) Mantenimiento de parques y jardines (fundamento 43, STC N° 0041-2004-AI/TC)**

En este caso, lo determinante para medir la mayor intensidad de disfrute del servicio será el criterio ubicación del predio, es decir, la medición del servicio según la mayor cercanía a áreas verdes. Por consiguiente, no se logrará este objetivo si se utilizan los criterios de tamaño y uso del predio, debido a que no relacionan directa o indirectamente con la prestación de este servicio.

**C) Serenazgo (fundamento 44, STC N° 0041-2004-AI/TC)**

En el servicio de serenazgo es razonable utilizar los criterios de ubicación y uso del predio, por cuanto su uso se intensifica en zonas de mayor peligrosidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta el giro comercial; por ejemplo, la delincuencia y peleas callejeras suelen producirse con mayor frecuencia en centros comerciales, bares o discotecas.

Siguiendo esta lógica, el tamaño del predio no es un criterio que pueda relacionarse directa o indirectamente con la prestación de este servicio.

**§ 4. Distinción de dos momentos en la cuantificación de arbitrios**

En la cuantificación de los arbitrios se deben distinguir dos momentos: 1) la determinación del costo global (que se evidencia a través del Informe Técnico anexo a la Ordenanza); y 2) la distribución de este costo global entre todos los vecinos-contribuyentes, (en base a criterios razonables de distribución).

Si bien en esta sentencia, como en la anterior que marca el criterio vinculante, se ha incidido en el segundo aspecto de la cuantificación, por haber sido materia expresa de petitorio, consideramos importante desarrollar la determinación global del costo, porque, para asegurar una correcta distribución del costo del servicio entre todos los contribuyentes, un aspecto indispensable es que, primeramente, tales montos sean los que realmente corresponde distribuir, pues ante un presupuesto de costo global con sobrevaloraciones, de nada serviría buscar fórmulas para la distribución de costos, cuando en principio el mismo de ninguna manera podría ser distribuido por no corresponder al gasto por prestación de servicio.

**§ 5. Importancia de la ratificación y del informe técnico en la determinación del costo global**

Por lo antes señalado, este Colegiado considera necesario resaltar la importancia de la ratificación, pues mediante este filtro se constata que todos los montos que se distribuyan entre la totalidad de contribuyentes de una determinada localidad sean sólo aquellos gastos justificados para financiar el servicio.

Como quiera que estos costos se sustentan en un informe técnico financiero, su publicidad como anexo integrante de la ordenanza que crea arbitrios, resulta determinante para la observancia del principio de reserva de ley, dado que será sobre la base de estos cálculos como se determine la base imponible y la distribución de su monto entre todos los vecinos. En tal sentido, el informe técnico financiero constituye un elemento esencial de este tributo.

En el fundamento 29 de la STC N° 0041-2004-AI/TC, señalamos que “(...) el hecho que sean las municipalidades a quienes les corresponda esta facultad, no las autoriza a considerar de manera indiscriminada e irrazonable cualquier criterio para justificar sus costos, pues los mismos –directos e indirectos– deberán ser idóneos y guardar objetiva relación con la provocación del coste del servicio”.

En otras palabras, con el arbitrio no se puede financiar cualquier tipo de actividad estatal u otros gastos que no sean aquellos provocados por la prestación de un servicio específico.



## **B. LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA: EL CASO DE LAS TASAS MUNICIPALES**

El Tribunal Constitucional no puede dejar de pronunciarse sobre este principio tributario en el presente caso. En efecto, la invocación al principio de capacidad contributiva relacionado con las tasas como especie tributaria, y en el caso de autos, con los arbitrios como subespecie de las tasas, no resulta un criterio pacífico; sin embargo, en los últimos años, su aceptación es cada vez menos negada. Su exigencia en nuestro ordenamiento jurídico no se deriva de manera directa del propio texto constitucional, sino de modo indirecto a través del contenido que la jurisprudencia constitucional ha consagrado a través de otros principios constitucionales de la tributación, los cuales actúan como garantías del contribuyente frente al ejercicio del poder tributario.

### **§ 1. Contenido constitucional del principio de capacidad contributiva**

Los principios constitucionales tributarios recogidos en el artículo 74° de la Constitución, como verdaderas exigencias al legislador o a quien –por disposición constitucional– se le haya otorgado potestad tributaria, no están desarrollados en la propia Ley Fundamental, sino en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde se ha ido dotando de contenido material a cada uno de ellos. Inclusive, en la STC N° 2727-2002-AA/TC, este Colegiado señaló que el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de un “concepto jurídico indeterminado”, por cuanto, 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 cuenta la clase de tributo y las circunstancias de quienes están obligados a sufragarlo.

De este modo, para que el principio de capacidad contributiva como principio tributario sea exigible, no es indispensable que se encuentre expresamente consagrado en el artículo 74° de la Constitución, pues su fundamento y rango constitucional es implícito en la medida que constituye la base para la determinación de la cantidad individual con que cada sujeto puede/debe en mayor o menor medida, contribuir a financiar el gasto público; además de ello, su exigencia no sólo sirve de contrapeso o piso para evaluar una eventual confiscatoriedad, sino que también se encuentra unimismado con el propio principio de igualdad, en su vertiente vertical<sup>[5]</sup>.

Es así que el Tribunal Constitucional, en la STC N° 0033-2004-AI/TC, precisó que la capacidad contributiva es un principio implícito de la tributación y que tiene un nexo indisoluble con el hecho sometido a la imposición, configurando el presupuesto legitimador para establecer tributos.

### **§ 2. El principio de capacidad contributiva en otras especies tributarias distintas al impuesto**

La capacidad contributiva en tanto principio que justifica el cobro de tributos, se asocia con mayor frecuencia al caso de los impuestos y menos a otras figuras tributarias; sin embargo, siendo la capacidad contributiva la contrapartida en la verificación de situaciones de confiscatoriedad, debe evaluarse si es posible su invocación en otras categorías tributarias.

El ordenamiento jurídico peruano, si bien no ha recogido la definición del tributo de manera positiva, sí ha establecido en la norma II del Título Preliminar del Código Tributario su división en tres categorías: impuestos, contribuciones y tasas (arbitrios, derechos y licencias).

La apelación a la capacidad contributiva como sustento de la imposición es innegable en el caso de impuestos, pues estos tributos no están vinculados a una actividad estatal directa a favor del contribuyente, sino más bien, básicamente, a una concreta manifestación de capacidad económica para contribuir con los gastos estatales. Lo recaudado por estos tributos va a una caja fiscal única para luego destinarse a financiar servicios generales e indivisibles.

A diferencia de los impuestos, las tasas y contribuciones, son tributos cuya motivación de pago, no se fundamenta en la constatación de una determinada capacidad contributiva, sino como consecuencia de la prestación de un servicio público divisible por parte del Estado en beneficio del contribuyente.

La diferencia entre estas categorías se sustenta en la vinculación a una actividad estatal que motive la imposición y en consideraciones tales como la divisibilidad del servicio que se financia<sup>[6]</sup>.

Ahora bien, luego de lo dicho, ¿es la capacidad contributiva un principio implícito e inherente a todo tipo de tributos? Consideramos que la respuesta es afirmativa en el caso de los impuestos, pues ello se desprende del propio hecho generador; sin embargo, en el caso de las tasas y contribuciones, su alegación no se niega, pero es claro

que ella no podría derivarse directamente del hecho generador, sino que, de ser invocada, deberá fundarse a otras consideraciones.

### § 3. Problemas de aplicación de la capacidad contributiva en el caso de tasas municipales

En la mayoría de los casos particulares vistos por este Tribunal, se advierte que uno de los criterios para la determinación de arbitrios más usado por los municipios y a su vez, más cuestionado por los contribuyentes, ha sido el uso del valor de predio (autoavalúo), elemento que representa una manifestación clara de capacidad contributiva, porque evidencia la tenencia de patrimonio y su valorización.

Evidentemente, el autoavalúo –instrumento que demuestra la capacidad contributiva en cada caso–, no puede ser el criterio originario y determinante para distribuir el costo del servicio, pues no es en base a la capacidad contributiva que se genera la obligación tributaria, sino a consecuencia de la actividad desempeñada por el municipio para la efectiva prestación de servicios en beneficio de los contribuyentes.

No obstante ello, no es posible negar la concurrencia del principio de capacidad contributiva en todos los casos, aunque no en el nivel de criterio generador de la tasa (arbitrio), sino como criterio de invocación externa debido a circunstancias excepcionales.

Así, por ejemplo, aun cuando en las tasas (arbitrios) su cobro no se derive directamente de este principio, resulta que a veces en zonas de mayor delincuencia –por consiguiente, con mayor despliegue de servicio municipal–, reside la población con menores recursos, la cual, probablemente, si únicamente nos referimos a la contraprestación efectiva, deba pagar un mayor arbitrio que aquellos contribuyentes con mayor capacidad económica. En muchos casos, este monto exigible incluso coactivamente, resulta excesivo para la reducida capacidad de pago de estas personas.

Es así que, dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de cada municipio, la invocación de la capacidad contributiva con fundamento en el “principio de solidaridad”, puede ser excepcionalmente admitida, en tanto y en cuanto se demuestre que se logra un mejor acercamiento al principio de equidad en la distribución.

### § 4. Posición del Tribunal Constitucional y reglas de observancia obligatoria

Conforme se aprecia del Expediente N° 0041-2004-AI/TC, (caso arbitrios Municipalidad de Surco), respecto a la capacidad contributiva en materia de arbitrios, en los fundamentos 45 a 50, se han establecido las siguientes reglas:

- \* La capacidad contributiva, con base en el principio de solidaridad, puede excepcionalmente ser utilizada como criterio de distribución de costos, dependiendo de las circunstancias económicas y sociales de cada municipio y si de esa manera se logra una mayor equidad en la distribución, cuestión que debe sustentarse en la ordenanza que crea el arbitrio.
- \* Cuando se apele al principio de capacidad contributiva en materia de arbitrios, este no debe ser el criterio determinante o de mayor prevalencia en la distribución de costos, sino el secundario o subsidiario, debiendo, en consecuencia, ser utilizado en conjunto con otros criterios, en cuyo caso, la prevalencia de unos sobre otros, dependerá razonablemente de la especial naturaleza de cada servicio.
- \* La regla anterior rige para el uso del autoavalúo (índice expresivo de capacidad contributiva); en consecuencia, se prohíbe el uso de valor de predio (autoavalúo) como criterio cuantificador cuando se utilice como único criterio base o el de mayor prevalencia para la determinación de arbitrios, pues es ahí donde el arbitrio se convierte en un impuesto encubierto. Por consiguiente, se admite su uso como criterio secundario o subsidiario, constatadas las circunstancias de la primera regla.
- \* El uso conjunto del autoavalúo y la UIT como criterios únicos no se admite en ningún caso, pues privilegian la distribución únicamente en base a la capacidad contributiva y no por la prestación efectiva del servicio.
- \* Existe una cuota contributiva ideal por la real o potencial contraprestación del servicio prestado que debe ser respetada, de modo que la apelación a la capacidad contributiva atendiendo al principio de solidaridad, pueda admitirse como razonable cuando sirva para reducir la cuota contributiva en situaciones excepcionales.

- \* De evidenciarse una potencial desproporción de la recaudación, como consecuencia de la reducción del arbitrio en situaciones excepcionales, el desbalance por tal diferencia deberá ser compensado en mayor medida por los recursos del municipio, siempre que no afecte su equilibrio presupuestal y así evitar su traslado total a otros contribuyentes.

Esta última regla se sustenta en que, al tratarse de servicios esenciales de carácter municipal que atienden simultáneamente al interés particular y general, los gobiernos locales de ninguna manera pueden eludir su obligatoria prestación, ahí donde resulta más evidente la necesidad de recibir, que la capacidad de dar<sup>[7]</sup>. En esa medida, por tratarse de servicios que benefician a toda la comunidad, hacer recaer de manera indiscriminada la mayor carga tributaria – por el diferencial antes mencionado– únicamente en el resto de vecinos contribuyentes, representaría una situación de manifiesta inequidad, imputable a quienes ejercen la potestad tributaria municipal.

### C. IMPRECISIONES EN LA DEFINICIÓN LEGAL DEL ARBITRIO

Un aspecto que importa relevar es la definición legal del arbitrio como subespecie de la tasa y la serie de confusiones y expectativas que se han generado a raíz de ella, para efectos de su cuantificación.

Así, según la norma II del Título Preliminar del Código Tributario, la tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente; y el arbitrio –como subespecie de esta figura–, es la tasa que se paga por la prestación o mantenimiento de un servicio público. De este modo, puede concluirse que el arbitrio es, por derivación de su género, el pago como consecuencia de la “prestación efectiva individualizada en el contribuyente”.

Esta definición es recogida igualmente por el artículo 68° de la Ley de Tributación Municipal, de la siguiente manera: “(...) los arbitrios son las tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de servicio público individualizado en el contribuyente”. El artículo 69° del mismo texto legal establece que en la determinación de arbitrios deberá considerarse el costo que demanda el servicio y su mantenimiento, así como el beneficio individual prestado de manera real o potencial.

Tomando en cuenta esta última referencia, este Tribunal aprecia dos aspectos contradictorios: 1) si en la determinación se admite un beneficio potencial, entonces no podría afirmarse al mismo tiempo y en todos los casos una real prestación efectiva de servicios, pues puede que esta se dé o no se dé; y por otro lado, 2) si hablamos de beneficio individual, el mismo debería constatarse en todos los casos de manera concreta y efectiva; sin embargo, como veremos más adelante, hay factores que imposibilitan esta comprobación.

Debido a cuestiones fácticas derivadas de la propia naturaleza del arbitrio, lo correcto sería considerar que tal beneficio individual puede darse de manera directa (real) y/o indirecta (potencial), conforme se explicará seguidamente.

### § 1. El arbitrio y la confluencia de intereses: beneficio particular y beneficio colectivo

Si bien, teóricamente, la tasa sirve para financiar servicios públicos divisibles, en la práctica el arbitrio (subespecie) presenta problemas técnicos para justificar su cobro para servicios perfectamente divisibles. No siempre se podrá verificar esta contraprestación efectiva de servicio público individualizado; ello tiene como consecuencia que el vecino contribuyente, al no constatar la existencia de un beneficio directamente individualizado en su caso, se muestre renuente a aceptar el aumento del costo.

Y es que, en realidad, no resulta posible, en todos los casos, lograr el ideal de paridad efectiva en el intercambio, cual suerte de obligación bilateral entre el contribuyente y el municipio, situación que básicamente se debe a la confluencia de intereses particulares (coste divisible) y generales (coste indivisible), comunes en la prestación de servicios esenciales de carácter municipal, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del otorgamiento de una licencia municipal, donde el contribuyente-solicitante sí puede constatar de modo particular el beneficio de recibir la licencia municipal, por la cual, la municipalidad fija un costo concretizado como consecuencia de la actividad administrativa desplegada para ello.

La esencialidad del servicio municipal, en el caso de los arbitrios de limpieza pública, ornato y seguridad ciudadana, hace que su exigencia trascienda al beneficio directo y/o concretizado (individualización). Efectivamente, en los servicios esenciales de

carácter municipal, al confluír tanto la utilidad singular como la colectiva, no siempre podrá apelarse a un beneficio directo, sino más bien a uno indirecto cuando prioritariamente sea la comunidad la beneficiaria directa.

Quedan claras, entonces, las dificultades técnicas existentes para la concreción del beneficio individual en todos los casos, siendo más propio admitir que tal beneficio individual pueda verificarse tanto de manera directa como indirecta.

En vista de ello, el Tribunal Constitucional exhorta al legislador para que, atendiendo a esta situación, redefina la materia considerando estas particularidades, de modo que, a futuro, pueda sincerarse y asumirse la confluencia del beneficio particular y el beneficio general de un modo más adecuado, generando, a su vez, mayor aceptación y conciencia entre los contribuyentes sobre lo que deberán pagar.

## **§ 2. La participación ciudadana en la determinación del costo global de arbitrios y supervisión de su recaudación como ejercicio de un derecho constitucional**

El gobierno local constituye el elemento de la unidad estatal más cercano a la población y, como tal, es el más adecuado para promover mecanismos de democracia directa en la elaboración y supervisión de las diferentes políticas locales. En base a ello, como parte del progresivo proceso de descentralización, revisten gran importancia los planes de desarrollo local concertado y presupuestos participativos, donde la participación vecinal sea una constante no sólo de supervisión en el manejo presupuestario, sino de reivindicación del ciudadano en la toma de las decisiones que van a surtir efectos en la vida del colectivo.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional, atendiendo al legítimo malestar ciudadano y a la desconfianza en la gestión municipal respecto a la cuantificación de arbitrios, considera necesario que se involucre a la ciudadanía a través de las juntas vecinales comunales para que participen en las sesiones del Concejo que aprueben las ordenanzas de arbitrios, debatiendo su costo global y los criterios de distribución, para de este modo reafirmar la legitimidad de estos cobros.

Con ello se busca incluir al ciudadano no sólo en la elaboración de mecanismos de recaudación –de arbitrios como rentas municipales

que constituyen ingresos propios-, sino además en el control de los fondos recaudados y su uso racional exclusivo para la financiación y mantenimiento del servicio.

Nuestra Ley Fundamental en su artículo 2º, inciso 17, reconoce la participación ciudadana como un derecho fundamental, estableciendo que “(...) toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (...)”.

Específicamente, el artículo 31º de la Constitución reconoce la participación ciudadana en el gobierno municipal de su jurisdicción, como derecho y deber constitucional del ciudadano. Siendo así, el artículo 116º de la Ley Orgánica de Municipalidades, establece que: “(...) las juntas estarán encargadas de supervisar la prestación de servicios públicos locales, el cumplimiento de las normas municipales, la ejecución de obras municipales y otros servicios que se indiquen de manera precisa en la ordenanza de su creación (...)”

Consecuentemente, se exhorta al legislador para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma como deberá concretarse la participación ciudadana en la determinación y distribución de arbitrios, a efectos de garantizar la eficacia de este derecho.

## **D. LA EXIGENCIA DE NO CONFISCATORIEDAD EN EL CASO DE LOS ARBITRIOS MUNICIPALES**

El análisis de confiscatoriedad de los tributos tiene en su ratio el referente base de la capacidad contributiva, la cual se deriva del propio presupuesto de hecho o se pone de manifiesto por otras circunstancias como en el caso de las tasas, siendo indispensable su consideración en cada oportunidad que se analicen supuestos de confiscatoriedad.

Conforme a lo que este Tribunal Constitucional sostuvo en el Exp. N° 2727-2002-AA/TC, “(...) el contenido constitucionalmente protegido de este principio jurídico indeterminado, no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, (...). No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede

el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad”.

En consecuencia, conforme se declaró en el Exp. 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 y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario”.

### § 1. ¿Cómo se constata la confiscatoriedad en el caso de arbitrios municipales?

Conforme a lo dicho, la evaluación de confiscatoriedad cuantitativa en estos casos, es una tarea difícil de determinar con alcance general, por lo que será necesaria su verificación atendiendo las peculiaridades de cada caso particular. No obstante, situaciones tales como la determinación del monto global del arbitrio en base a montos sobrevaluados o montos no justificados, por ejemplo ante la inexistencia del informe técnico financiero, evidencian situaciones de confiscatoriedad, pues imponen al contribuyente cargas tributarias que no corresponden a su realidad.

Por el contrario, la confiscatoriedad en cada caso concreto requerirá la verificación de la no existencia de una relación razonable entre el costo del servicio global que debe solventar cada sujeto y la forma como se ha cuantificado el mismo en su caso, debiendo demostrarse, además, que de acuerdo a sus circunstancias económicas, no le es posible soportar este tributo.

La confiscatoriedad no sólo se constata cuantitativamente, sino que podría verificarse de manera cualitativa cuando se exige el pago sin respetar otros principios tributarios. De este modo, habrá confiscatoriedad cualitativa si la municipalidad no ha puesto a disposición del vecino la prestación del servicio, en cuyo caso se vulnera la reserva de ley, al cobrarse en base a una circunstancia generadora inexistente.

Para evaluar la falta de prestación del servicio deberán tomarse en cuenta presunciones tales como la inexistencia de personal técnico real para efectivizar la prestación del servicio en los términos cuantificados por el municipio. Por ejemplo, debe verificar si un “X” número de ciudadanos puede tener a su disposición, de manera real o potencial, el servicio de serenazgo con base a un número “y” de camionetas de serenazgo; o, si no existen áreas verdes o no se mantienen, y pese a ello, se cobra el servicio.

Si bien el contribuyente que discrepa sobre la carga económica asumida por arbitrios debe adjuntar en su reclamo administrativo o posterior acción judicial los elementos mínimos que certifiquen lo que alega (liquidaciones, órdenes de pago, determinaciones y otros elementos que demuestren la falta de recursos para asumir la carga tributaria o la falta de disposición del servicio cobrado), conforme se señaló en el fundamento 61 de la STC N.º 0041-2004-AI/TC, debido a la complejidad técnica que supone demostrar lo que verdaderamente corresponde pagar de manera individualizada a cada contribuyente y el posible exceso en el cobro, el Tribunal considera que, en última instancia, la carga de la prueba en estos casos debe invertirse y recaer en la municipalidad, pues esta se encuentra en mejores condiciones técnicas para asumirla.

### § 2. Posición del Tribunal Constitucional y reglas de observancia obligatoria

Como consecuencia de lo antes señalado, se establecen las siguientes reglas:

- \* En términos generales, la evaluación de confiscatoriedad en el caso de arbitrios, se manifiesta por la determinación del monto global del arbitrio sobre la base de montos sobrevaluados o, en el caso de montos no justificados, por la falta del informe técnico financiero que demuestre la determinación de costos.
- \* En cada caso concreto, el contribuyente deberá acreditar lo que alega mediante los documentos mínimos indispensables (liquidaciones, órdenes de pago, determinaciones, así como otros elementos que demuestren la falta de recursos para asumir la carga o la no puesta a su disposición del servicio cobrado); sin embargo, será la Municipalidad quien asuma el mayor peso de la carga probatoria, debiendo ser ella quien demuestre la

razonabilidad entre el costo del servicio y el monto exigido al contribuyente en cada caso específico.

- ü Si el contribuyente personalmente o de manera conjunta reclama en vía administrativa y luego en la judicial la confiscatoriedad de los cobros, sustentándose en peritajes y estudios de certificación técnica, el municipio deberá correr con los costos efectuados por los contribuyentes, en caso sea atendido favorablemente su reclamo o demanda.

## **IX. ANÁLISIS DE LAS ORDENANZAS CUESTIONADAS**

### **A. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA. CONSTATAción DEL REQUISITO DE RATIFICACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL DE VALIDEZ DE UNA ORDENANZA DISTRITAL SOBRE ARBITRIOS, EN EL CASO DE LA MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES**

Según los demandantes, la norma ratificada y publicada dentro del plazo del 30 de abril sólo genera efectos jurídicos hacia adelante, y no como lo entienden los gobiernos locales, para quienes, sea cual sea la fecha de publicación y ratificación, procede la aplicación retroactiva de la norma al 1 de enero del ejercicio fiscal y para todo el ejercicio fiscal en curso, aun cuando la norma no haya sido válidamente emitida.

Según los demandados, ni la Ley Orgánica de Municipalidades, ni el Decreto Legislativo N° 776, señalaban el plazo en el que debe producirse la ratificación de la municipalidad Provincial y su respectiva publicación. De allí que durante mucho tiempo se haya venido interpretando que el plazo límite del 30 de abril mencionado en la Ley de Tributación Municipal, se refería únicamente a la publicación de la Ordenanza Distrital.

Por dichos motivos, consideran que sería irrazonable sancionar a la Municipalidad de Miraflores con la declaración de inconstitucionalidad o nulidad de los efectos jurídicos subsistentes de estas ordenanzas, dado que no tenía responsabilidad en las deficiencias e incertidumbres derivadas de la legislación sobre tributación municipal de tasas por servicios públicos.

El Tribunal ya se ha pronunciado al respecto en la STC N° 0041-2004-AI/TC, interpretando que el plazo del 30 de abril debe tenerse en cuenta si la ordenanza ha sido ratificada y se ha publicado el acuerdo

de ratificación; sólo así podrá surtir efectos hacia adelante. Esta misma regla vinculante ha sido reiterada a lo largo de esta sentencia, de modo que deberán evaluarse las normas cuestionadas con arreglo a las reglas vinculantes establecidas.

| <b>N.º de Ordenanza</b> | <b>Publicación de aprobación</b> | <b>Ratificación</b> | <b>Publicación de la ratificación</b> |
|-------------------------|----------------------------------|---------------------|---------------------------------------|
| Nº 33-1997              | 08.03.97                         | A.C 042             | 15.04.1998                            |
| Nº 48-98-MM             | 20.02.98                         | AC 049              | 26.02.1999                            |
| Nº 57-99-MM             | 28.01.99                         | AC 049              | 26.02.1999                            |
| Nº 070-2000-MM          | 28.01.2000                       | AC 031              | 25.02.2000                            |
| Nº 086-2001-MM          | 01.02.2001                       | AC 057              | 08.03.2001                            |
| Nº 100-2002             | 06.02.2002                       | AC 150              | 20.06.2002                            |
| Nº 116-2003             | 26.01.2003                       | AC 134              | 20.09.2003                            |
| Nº 142-2004             | 18.01.2004                       | AC 187              | 23.07.2004                            |
| Nº 143-2004             | 18.01.2004                       | AC 187              | 23.07.2004                            |

Conforme se advierte del cuadro anterior, de las nueve ordenanzas cuestionadas, en seis de ellas no se cumplió con el requisito de la ratificación en el plazo del 30 de abril<sup>[8]</sup> en consecuencia, dichas ordenanzas devienen en inconstitucionales por vicios de forma. Estas son las siguientes: N° 33-1997, N° 48-98-MM, N° 100-2002, N° 116-2003, N.º 142-2004 y N.º 143-2004.

Siendo así, la sola existencia del vicio formal de inconstitucionalidad en el que han incurrido las referidas Ordenanzas, permite a este Colegiado declarar su inconstitucionalidad in toto.

### **B. ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ORDENANZAS RATIFICADAS DENTRO DEL PLAZO**

Según los demandantes, aun cuando las Ordenanzas N° 57-99-MM, N° 070-2000-MM y N° 086-2001-MM fueron ratificadas dentro del plazo, las mismas no superan la presunción de constitucionalidad por deficiencias de fondo.

Según los demandados, estas ordenanzas ha sido ratificadas dentro del plazo referido en la STC N° 0041-2004-AI/TC, lo que las hace incuestionables en cuanto a su vigencia.

### § 1. Ordenanza N.º 57-99-MM

Si bien esta Ordenanza fue ratificada con fecha 27 de febrero de 1999 (dentro del plazo), ha tomado como base la Ordenanza N.º 048-98-MM, la cual, a su vez, se remite a la Ordenanza N.º 33-97-MM, ambas ratificadas fuera del plazo.

A juicio de este Tribunal, la referida Ordenanza no sólo toma como base de cálculo una ordenanza inconstitucional por la forma, sino que, al retrotraerse a la base de fondo establecida en la Ordenanza N.º 33-97-MM, resulta inconstitucional por el fondo, pues utiliza fórmulas de cuantificación no válidas; así, en el caso de limpieza pública, se cobra porcentajes en base a tramos del autovalúo; mientras que en parques y jardines, así como en serenazgo, cobra en base a porcentajes de la UIT e incluso al Impuesto Predial.

### § 2. Ordenanza N.º 070-2000-MM

La parte demandante precisa que la inconstitucionalidad de esta Ordenanza se fundamenta en que no cuenta con el informe técnico que sustente los costos en base a los cuales se cobran los arbitrios y, en consecuencia, tal como este Tribunal lo afirmó en el fd. 62 de la STC N.º 0041-2004-AI/TC, se trata de un caso de confiscatoriedad cualitativa, al no haberse observado el principio de reserva de ley.

### § 3. El informe técnico como elemento cualitativo del arbitrio

En efecto, es evidente la importancia de la publicación del informe técnico financiero anexo a la ordenanza sobre arbitrios, pues no sólo es una garantía de transparencia frente al contribuyente, sino que su inobservancia afecta los principios de reserva de ley y de seguridad jurídica, que buscan evitar la arbitrariedad de las municipalidades al momento de determinar los montos por arbitrios.

En reiterada jurisprudencia este Colegiado ha señalado que la reserva de ley se encuentra garantizada cuando, vía ley o norma habilitada, se regulan los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente.

En el caso de las ordenanzas municipales sobre arbitrios, la determinación del costo global constituye el aspecto mensurable de este tributo, su base imponible, y como elemento esencial del mismo,

determina que no puedan cobrarse arbitrios en base a ordenanzas que carezcan de informe técnico.

De la revisión de la Ordenanza N.º 70-2000-MM, publicada el 28 de enero de 2000, que establece el importe para los arbitrios de limpieza pública, parques y jardines y serenazgo para el año 2000, se advierte que la estructura de costos –que debe constituir necesariamente parte integrante de la ordenanza que crea el arbitrio– fue publicada 3 meses después, esto es, con fecha 25 de abril de 2000, pese a lo cual, se exigió el pago de la primera cuota desde el mes de febrero, conforme consta del artículo 9 del propio texto de la ordenanza.

Los principios constitucionales de publicidad de las normas y seguridad jurídica no se constatan “por partes” sino de manera integral, pues estos, a su vez, se manifiestan como principios esenciales del propio ordenamiento jurídico.

Evidentemente, esta fórmula de cobro no se encuentra acorde con el ordenamiento constitucional, de modo que es ilegítima y, por consiguiente, confiscatoria cualitativamente, ya que afecta los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, motivo por el cual es, también inconstitucional.

### § 4. Ordenanza N.º 086-2001-MM

Los demandantes sostienen que esta norma contiene un vicio de inconstitucionalidad material porque utiliza criterios vedados para la determinación de arbitrios, conforme se aprecia del arbitrio por limpieza pública en el caso de casa habitación, donde el autovalúo es el único criterio que define la distribución del costo.

Los demandados sostienen que en el caso del arbitrio por limpieza pública en el caso de casa-habitación, el criterio predominante fue el uso del predio y el complementario el autovalúo como índice medidor de capacidad contributiva, el cual es un criterio reconocido para todos los tributos por nuestra Constitución, debiendo evaluarse sobre la base del criterio de solidaridad social.

Agregan que si se lleva al extremo el criterio defendido por la Defensoría del Pueblo y sólo se acepta como criterio válido el uso del predio, pagaría igual por recojo de basura quien vive en una zona tugurizada de Miraflores que quien vive en una zona residencial; o quien tiene una gran casa o el pobre que no la tiene.

De la revisión de la Ordenanza cuestionada se aprecia que la distribución de costos en el caso del importe de arbitrios por limpieza pública tomó como base imponible el valor del autoavalúo en cada caso, dependiendo del uso del predio. En consecuencia, el autoavalúo fue el criterio preponderante y determinante para establecer el importe del servicio en cada supuesto, siendo que este debía ser un criterio complementario y excepcional, toda vez que la capacidad contributiva no es lo que determina el nacimiento de la obligación tributaria en las tasas, sino más bien la prestación del servicio.

En el caso de arbitrios de serenazgo, igualmente, la base imponible se estableció en función del autoavalúo según el uso, al cual se le aplicó un porcentaje de la UIT. Bajo los mismos argumentos, esta forma de distribución no grava el importe en función del costo del servicio sino de la capacidad contributiva, siendo que el uso conjunto del autoavalúo y de la UIT como criterios preponderantes han sido proscritos por este Tribunal.

En el caso de los importes por arbitrio de parques y jardines, se utilizaron los criterios de uso, ubicación y UIT, privilegiándose el criterio de ubicación del predio conforme a la cercanía de áreas verdes, por lo que, en este extremo, la Ordenanza resulta constitucional en un análisis abstracto. De existir supuestos de confiscatoriedad, estos deberán ser analizados en cada caso concreto.

## X. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 81° del Código Procesal Constitucional establece que:

“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, **el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo**. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”. (Negritas nuestras).

La trascendencia del presente caso, –dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos locales–, y sus posibles efectos económicos, exigen que este Tribunal Constitucional determine los efectos de su decisión en el tiempo.

En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (ex nunc), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional–, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio, es el argumento central que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia determina las siguientes reglas vinculantes:

- \* No procedan las solicitudes de devoluciones por pagos indebidos cobrados en base a las ordenanzas declaradas inconstitucionales, que se interpongan luego de la publicación de esta sentencia.
- \* Están exentos de la primera regla los reclamos administrativos y procesos judiciales que fueron accionados dentro de los plazos correspondientes y que aún se encontraban en trámite al momento de la publicación de la presente sentencia, a fin de que prime en su resolución el principio pro actione.
- \* Se deja sin efecto cualquier cobranza en trámite basada en ordenanzas inconstitucionales; asimismo, se impide el inicio de cualquier procedimiento coactivo cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en ordenanzas inconstitucionales.



- \* La regla anterior únicamente imposibilita la realización de la cobranza de deudas impagas basándose en ordenanzas inconstitucionales; por consiguiente, no impide que las mismas puedan ser exigidas: a) sobre la base de ordenanzas válidas de periodos anteriores reajustadas con el Índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no encontrarse norma válida alguna, b) sobre la base de nuevas ordenanzas emitidas siguiendo los criterios vinculantes de este Tribunal, por los periodos no prescritos.
- \* De estar en el supuesto b), las ordenanzas habilitadas para cobrar las deudas impagas por los periodos no prescritos deberán tramitarse conforme a los plazos del procedimiento de ratificación que hayan establecido las Municipalidades Provinciales. El trámite deberá realizarse igual que en el caso del procedimiento de ratificación de las ordenanzas que regirán por el periodo 2006, a fin de que puedan surtir efectos desde el 1 de enero de dicho año.

#### **XI. EL PRECEDENTE VINCULANTE PARA EL RESTO DE MUNICIPIOS**

En la audiencia de vista de la causa llevada a cabo con fecha 16 de mayo del 2005, la Defensoría del Pueblo solicitó al Tribunal Constitucional que evalúe el presente caso como un tema de envergadura nacional que excede al caso de la Municipalidad de Surco y Miraflores; y, en ese sentido, que emita un pronunciamiento que exija al resto de municipalidades que estén en la misma problemática, revisar sus cobros por arbitrios y adecuarse al parámetro de constitucionalidad, a fin de evitar la interposición de nuevos procesos de inconstitucionalidad.

Con el mismo criterio, la defensa de la Municipalidad de Miraflores solicitó que con motivo de esta sentencia se exhorte al resto de municipalidades del país para que adecúen su conducta a las pautas establecidas en la STC N° 0041-2004-AI/TC, y que se alerte al Congreso para mejorar la Ley de Tributación Municipal en este extremo.

El Tribunal Constitucional coincide con las partes respecto a que la problemática que ha generado el tema de arbitrios es de envergadura nacional. Por tal motivo, entendiendo la necesaria vinculación de los términos de nuestras sentencias –no sólo a las municipalidades demandadas en estos procesos, sino a todas aquellas cuyas

ordenanzas presenten vicios de forma y fondo–, es que se otorga efectos ex nunc al fallo de esta sentencia, para así evitar que el normal funcionamiento y prestación de servicios municipales a nivel nacional puedan verse afectados.

Si bien a diferencia del caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de alcance nacional, la declaratoria de inconstitucionalidad de ordenanzas se restringe al ordenamiento jurídico municipal del que provienen, ello no impide a este Tribunal para que, a efectos de garantizar la primacía de la Constitución y el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa en general, extienda por conexidad los efectos de su sentencia a casos similares, toda vez que se constatan los mismos vicios de forma y fondo que en este caso particular se sancionan.

En tal sentido, procede interpretar la vinculación a todos los demás casos invocando el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, que señala que:

“La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”

Lo que se busca con esta disposición es limpiar de impurezas el ordenamiento jurídico y asegurar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sea efectiva en su totalidad, desterrándose también aquellas otras normas que se le relacionen o vinculen.

Lógicamente, en el supuesto de ordenanzas municipales sobre arbitrios, no se lograría tal fin en tanto no se depuren ordenanzas de algunos municipios, y subsistan otras con idénticos problemas de fondo y forma en el resto.

Consecuentemente, para tal efecto, todas las demás municipalidades del país se encuentran vinculadas, a partir de la fecha, a las reglas vinculantes establecidas en esta sentencia, bajo sanción de nulidad de sus ordenanzas.

De igual manera, respecto a los mismos periodos tributarios evaluados en los casos de Surco y Miraflores, esto es, de 1997 a 2004, deberán observar las reglas vinculantes establecidas en esta Sentencia respecto al procedimiento de ratificación (VII, parte B, § 9); así como, los parámetros mínimos de validez constitucional que permiten

aproximarse a opciones de distribución ideal del costo del servicio (VIII, parte A, § 3). Asimismo, también les alcanza el fallo de esta sentencia respecto a la modulación de los efectos en el tiempo; por lo que les son aplicables las mismas reglas establecidas en el punto XIII precedente.

## XII. FALLO

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de las Ordenanzas Nros. 142 y 143 (2004), 116 (2003), 100 (2002), 70-2000-MM (2000), 57-99-MM(1999), 48-98-MM(1998), y 33-97-MM(1997).
2. Declarar FUNDADA en parte la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de la Ordenanza N° 86 (2001), en el caso de la determinación del importe de los arbitrios de limpieza pública y serenazgo, e INFUNDADA respecto al caso de la determinación de arbitrios de parques y jardines.
3. Declarar que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, vinculan a todas las municipalidades del país. En consecuencia:
  - ü Lo establecido en la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por lo tanto, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, quedan a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.
  - ü Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan en ningún caso la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o de cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de

constitucionalidad. No obstante, están habilitadas las cobranzas por los periodos impagos no prescritos: a) con base a ordenanzas válidas por periodos anteriores, reajustadas según el índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no existir norma anterior válida, b) con base a nuevas Ordenanzas, las que deberán emitirse de acuerdo al plazo dispuesto en el punto XIII, de la presente sentencia.

- ü Declarar que la regla respecto de las no devoluciones masivas, no alcanza a los procesos contra ordenanzas inconstitucionales por la forma o por el fondo, que ya se encontraban en trámite antes de la publicación de la presente sentencia.
  - ü Declarar que a partir de la publicación de la presente sentencia, la revisión de las controversias que pudieran presentarse en diversas municipalidades del país respecto al pago de arbitrios, deberá agotar la vía administrativa.
  - ü Cumplido tal requisito, queda expedito el derecho de los contribuyentes para interponer acciones de amparo en los casos específicos de aplicación indebida de las reglas establecidas en esta Sentencia.
4. Se invoca la intervención de la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere, programe auditorías a la Municipalidad Distrital de Miraflores y demás municipios, a fin de evaluar la forma cómo se han determinado los costos por servicios de arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines; y se establezcan, de ser el caso, las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar. De igual manera, deberá verificar si en cumplimiento de esta Sentencia y la N° 0041-2004-AI/TC, se han establecido correctamente la distribución del costo de arbitrios para el año 2005.
  5. Exhortar al Congreso para que haga las precisiones correspondientes a la figura del arbitrio, conforme se ha señalado en la presente Sentencia.
  6. Exhortar al Congreso para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma como se ejerce el derecho constitucional de la participación ciudadana en el proceso de determinación y distribución del costo de arbitrios.

7. Exhortar a la Defensoría del Pueblo para que, en cumplimiento de sus funciones establecidas en el artículo 162° de la Constitución, haga seguimiento y supervise el cumplimiento de esta Sentencia por las autoridades municipales.
8. Declarar que esta Sentencia, al igual que la STC N° 0041-2004-AI/TC, tiene fuerza de ley, de modo que tiene calidad de cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento en todos sus términos, estando las autoridades municipales obligadas a respetar el espíritu de su contenido y cumplir, bajo responsabilidad, las reglas vinculantes establecidas.

**Publíquese y notifíquese.**

SS.

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

- 
- [1] STC N° 0918- 2002-AA/TC y STC N° 0007-2001-AI/TC.
  - [2] Sosa Wagner, Francisco. Manual de Derecho Local. Aranzadi, España, Cuarta edición, 1999. pp.55-56.
  - [3] De igual manera, la derogada Ley N.° 23853, Orgánica de Municipalidades, estableció en su artículo 94° el requisito de la ratificación.
  - [4] La seguridad jurídica en materia tributaria debe entenderse como certeza, confiabilidad, congruencia de normas e interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de una norma.
  - [5] “(...) La igualdad en el plano vertical, se identifica con la proporcionalidad y ésta con la capacidad contributiva, alcanzando también la redistribución o igualdad de hecho”. M. Corti, Aristides Horacio. De los principios de justicia que gobiernan la tributación (igualdad y equidad). En: Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Homenaje a Juan Carlos Luqui. Ed. Depalma. Bs. As. 1994. Pág. 281.
  - [6] Álvarez Echague, Juan Manuel. Los municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio. En: Derecho tributario municipal. José Osvaldo Casas (coordinador). Ad Hoc. Buenos Aires 200. Pág. 248.

- [7] Al tratarse de servicios esenciales, estamos frente a servicios indispensables para el contribuyente y su utilización demuestra más la necesidad de goce que su capacidad de consumo.
  - [8] La referencia a dicho plazo se origina en el artículo 2° de la Ley N° 26725 publicada el 29.12.96, que modifica el Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal.
-

**PRESUPUESTO PARA EL ESTABLECIMIENTO  
DE UN PRECEDENTE VINCULANTE**

**COMENTARIO**

Esta sentencia fue expedida por el Tribunal Constitucional, en el marco de la demanda de Inconstitucionalidad interpuesto por la Municipalidad Distrital de Lurín, contra la Municipalidad Distrital de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros; respecto de que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma. Se estableció en la Sentencia Fundada de Inconstitucionalidad que la Municipalidad Distrital de Huarochirí trató de realizar lo que en vía directa estaba vedado, esto es ejercer una potestad que estaba reservada para el Congreso de la República. Asimismo, **se precisaron los elementos para la procedencia del cambio de un precedente vinculante; así como los presupuestos básicos para el establecimiento y aplicación del mismo.** También, se estableció los elementos que configuran la estructura interna de las decisiones (Sentencias en materia constitucional) del Tribunal Constitucional: La razón declarativa-axiológica; la razón suficiente (ratio decidendi); la razón subsidiaria o accidental (obiter dicta); la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (decisum).

**EXPEDIENTE N° 0024-2003-AI/TC**

**LIMA**

**MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LURÍN**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

**ASUNTO**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra de la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto

que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de noviembre de 2003, la municipalidad recurrente, representada por su Alcalde, don José Luis Ayllón Mini, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se declare que a quien le compete aprobar o modificar la demarcación territorial es al Congreso de la República, conforme a la propuesta que alcance el Poder Ejecutivo, con lo que dicha atribución en modo alguno les corresponde a las emplazadas; en consecuencia, solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N° 000011 aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N° 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N° 004-2003-MDSDO, del 31 de mayo de 2003.

Sostiene que la Ordenanza impugnada persigue de manera maliciosa y encubierta aprobar la demarcación territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros, puesto que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Municipalidades establecen a favor de estas últimas la facultad de fijar su ordenamiento territorial o determinar sus límites, dado que, conforme al inciso 7) del artículo 102° de la Constitución, es atribución del Congreso aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo. Asimismo que, si bien corresponde a las municipalidades aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial en el ámbito provincial, ello no autoriza a que se aprueben los límites del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros en desmedro del Distrito de Lurín; de otro lado, expone que la Ordenanza bajo comentario parte de una premisa inválida, pues señala que el Distrito de Santo Domingo de Los Olleros fue creado por Ley del 4 de agosto de 1821 y está ubicado en la jurisdicción territorial de la Provincia de Huarochirí, lo que es falso pues dicha ley no creó el precitado distrito; añade, además, que este distrito carece de ley de creación y que lo que se pretende es aprobar fraudulentamente sus límites, cercenando el 60% del área total de la zona este del Distrito de Lurín.

La Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda a través de su Procurador Público, exponiendo que la Ordenanza N° 000011 se limitó a ratificar el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí, con la descripción de los linderos y medidas perimétricas que fueron aprobados por Acuerdo de Concejo N° 0009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000 y ratificado por Ordenanza N° 04-2003-MDSDLO del 31 de mayo de 2003, con lo que dicha norma ha sido dictada con arreglo a lo establecido en los artículos 40° y 79° de la Ley N° 27972, Orgánica de Municipalidades, para lograr el ordenamiento del distrito y sin modificar la demarcación territorial, puesto que su territorio ya estaba delimitado. Añade que para evitar conflictos territoriales el 25 de julio de 2002 se publicó en el diario oficial la Ley N° 27795, mientras que el 24 de febrero de 2003 se expidió su Reglamento, en la que se establece el procedimiento para los casos de conflicto territorial, siendo competente para resolver los mismos la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros y, agotado el procedimiento antes anotado, recién se puede recurrir al Tribunal Constitucional para interponer demanda de conflicto de competencia, con lo que la accionante no ha agotado la vía administrativa pertinente.

Por su parte, la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros solicita que la demanda sea declarada infundada, en atención a lo previsto en el artículo 79° de la Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que los gobiernos locales tienen facultades de organización sobre su espacio físico y el uso del suelo, para lo cual deben aprobar un plan de acondicionamiento territorial, por lo que considera que no hay exceso en el ejercicio de las atribuciones como se expone en la demanda.

## **FUNDAMENTOS**

### **Consideraciones previas**

El Tribunal Constitucional, en aras de optimizar el despliegue y desarrollo de su actividad jurisdiccional, estima pertinente, antes de pronunciarse sobre la demanda de autos, precisar la estructuración interna y alcances de sus sentencias. Entonces, en lo que sigue, se determinará la naturaleza y forma de aplicación de sus precedentes vinculantes; las condiciones y efectos del cambio del precedente vinculante; y la utilización del precedente como forma de cubrir una laguna. Asimismo, se explicará, in genere, los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales en general.

### **Las sentencias en materia constitucional**

Estas aluden a aquellos actos procesales emanados de un órgano adscrito a la jurisdicción especializada, mediante las cuales se pone fin a una litis cuya tipología se deriva de alguno de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional. Así, en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En suma, permiten cautelar la supremacía jerárquica de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, rebasan con largueza la satisfacción de un interés particular o de beneficio de un grupo, ya que teleológicamente resguardan los principios y valores contenidos en la Constitución, que, por tales, alcanzan a la totalidad de los miembros de la colectividad política.

Para el cumplimiento de dicho cometido, el Tribunal Constitucional considera necesario estipular que la estructura interna de sus decisiones se compone de los siguientes elementos: la razón declarativa-axiológica; la razón suficiente (ratio decidendi); la razón subsidiaria o accidental (obiter dicta); la invocación preceptiva y la decisión o fallo constitucional (decisum).

Al respecto, veamos lo siguiente:

**La razón declarativa-axiológica** es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones referidas a los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y telológicas insertas en la Constitución.

En ese sentido, implica el conjunto de juicios de valor concomitantes a la interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogitada por el Colegiado. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en el texto supra.

**La razón suficiente** expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional.

En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis.

Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante.

La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

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

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

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

Al respecto, son ilustrativas las sentencias de los casos Eleobina Aponte Chuquihuanca [Expediente N° 2663-2003-HC/TC] y Taj Mahal Discoteque [Expediente N° 3283-2003-AA/TC].

En la primera de las citadas, de manera pedagógica se precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus; en tanto que en la segunda se determinó académicamente la procedencia o improcedencia de una acción de garantía con sujeción al tiempo de realización de los actos que requieren tutela constitucional.

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

Este pronunciamiento, a modo de dicta, permite a los operadores jurisdiccionales y a los justiciables “predecir” o “pronosticar” la futura manera de resolver aquella cuestión hipotética conexas al caso en donde aparece manifestada.

Como bien expone Ana Magatoni Kerpel [El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Mc Graw Hill, 2001, pág. 82] esta dicta tiene fuerza persuasiva.

Dicho “vigor convincente”, en razón del rango jerárquico de la autoridad que la emite, auspicia que se garantice que en el futuro las decisiones de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores no sean revocadas; o que los justiciables puedan prever las consecuencias de determinadas conductas dentro del marco de una eventual litis de naturaleza constitucional.

Al respecto, puede citarse la sentencia del caso Eusebio Llanos Huasco [Expediente N° 976-2001-AA/TC], en donde se expusieron las consideraciones del Tribunal Constitucional relacionadas con las modalidades de despido laboral que generarían readmisión en el empleo.

**La invocación preceptiva** es aquella parte de la sentencia en donde se consignan las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la petición planteada en una proceso constitucional.

**La decisión o fallo constitucional** es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u occidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógicamente y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N° 0006-2003-AI/TC].

#### **La jurisprudencia constitucional: el precedente constitucional vinculante**

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

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

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

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

La competencia del Tribunal Constitucional para determinar un precedente vinculante se encuentra sustentada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual preceptúa que "(...) las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".

#### **Condiciones del uso del precedente constitucional vinculante**

La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

- a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

- b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda.

La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale

decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro.

Lo anteriormente expuesto debe ser concordado con lo previsto en los artículos 74° y 103° de la Constitución, y 83° del Código Procesal Constitucional, cuando de por medio existe una declaración de inconstitucionalidad.

#### **El cambio de precedente vinculante**

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teleológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.

#### **Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante**

El Tribunal Constitucional estima que dichos presupuestos son los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.

- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional debe obligatoriamente expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

#### **El precedente vinculante como forma de cubrir una laguna normativa**

La función integradora del Tribunal Constitucional permite que, a través de la constitución de un precedente vinculante, se resuelvan las situaciones derivadas de un vacío normativo.

En ese orden de ideas, dicha función verificable mediante la expedición de un precedente vinculante se hace patente cuando, se acredita la ausencia absoluta de norma; cuando, a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; cuando una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; cuando dos normas sin referencia mutua entre sí –es decir en situación de antinomia indirecta– se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente 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.

En relación con lo anteriormente expuesto, debe precisarse que la antinomia indirecta se entiende como la coexistencia de dos normas incompatibles, que tienen la misma validez jerárquica en el tiempo y en el espacio, pero que inspiran consecuencias jurídicas en fines o criterios ideológicos contrapuestos (interés público y seguridad jurídica de los



particulares, etc.); en tanto que el ocio legislativo aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o non facere por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

### **La aplicación del precedente vinculante**

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.
- b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

### **La eficacia prospectiva del precedente vinculante (prospective overruling)**

El Tribunal Constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residualmente eficacia prospectiva es establecida por el Tribunal Constitucional, en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional de naturaleza constitucional.

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N° 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (...)”.

Cabe recordar que sobre dicha materia, la decisión de diferir la aplicación de las nuevas reglas tuvo como justificación el que hasta ese momento tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional habían declarado en innumerables sentencias que el pase a la situación de retiro por causal de renovación estaba sujeto a la regla de discrecionalidad.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo de la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

### **Los efectos de las sentencias constitucionales con o sin precedente vinculante**

De manera genérica, debe precisarse que el cumplimiento y ejecución de las reglas y decisiones contenidas en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional pueden ser observados en función a los efectos personales o temporales que de ellos se derivan.

En cuanto a los efectos personales, estos pueden ser directos o indirectos.

Los efectos directos de la sentencia se producen para las partes vinculadas al proceso constitucional, frente al cual la sentencia expedida pone fin a la litis.

Los efectos indirectos se producen para la ciudadanía en general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan “atados”, en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante.

En relación a los efectos en el tiempo, estos pueden ser irretroactivos, retroactivos o de aplicación diferida.

Como se ha referido anteriormente, la aplicación diferida se determina en una *sententiae con vacatio setentiae*; es decir, las consecuencias jurídicas de una decisión se suspenden durante algún tiempo, atendiendo a la necesidad de prever las derivaciones políticas, económicas o sociales que ello alcance. Al respecto, no debe olvidarse que todo Tribunal Constitucional tiene la obligación de aplicar el principio de previsión mediante el cual se predetermina la totalidad de las “consecuencias” de sus actos jurisdiccionales. En ese sentido, los actos jurisdiccionales (tras la expedición de una sentencia) deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otro “mal”. En ese contexto, el efecto diferido evita el hecho de corregir un mal creando otro mal, el cual es evitable por la vía de la suspensión temporal de los efectos de una sentencia con precedente vinculante.

Los efectos diferidos se manifiestan en las denominadas sentencias exhortativas y en los casos de sentencias con precedente vinculante de eficacia diferida (*prospective overruling*).

Respecto a la aplicación con efectos irretroactivos o retroactivos, cabe señalar lo siguiente:

- a) Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en principio, se aplican con efectos irretroactivos; esto es, tienen alcances *ex nunc*.
- b) Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; ya que su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional; es decir, tienen alcances *ex tunc*.
- c) Las sentencias en los casos de procesos de inconstitucionalidad, en donde se ventile la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° del texto supra, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; e igual previsión debe efectuarse respecto de las situaciones judiciales mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional. Entonces, cabe la posibilidad de que se establezca la aplicación del principio de retroactividad.  
En consecuencia puede tener efectos *ex tunc*.  
Al respecto, cabe recordar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 38.1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N° 27153 [Expediente N° 009-2001-AI/TC], en donde de manera específica resolvió lo pertinente a las situaciones jurídico-tributarias producidas mientras estuvo en vigencia la citada ley.
- d) Las sentencias en materia constitucional no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 103° y 74° de la Constitución. En ese contexto, éstas pueden tener efectos *ex tunc*.

### **Petitorio de la demanda de inconstitucionalidad**

1. Conforme a lo expuesto en el escrito de demanda, la pretensión de autos es que se determine que ninguna de las municipalidades emplazadas es competente para aprobar o modificar su circunscripción territorial, pues esa atribución le corresponde al Congreso de la República; en consecuencia, la Municipalidad Distrital de Lurín solicita que se declare nula la Ordenanza Municipal N° 000011, aprobada en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar, en todos sus extremos, el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo

de Los Olleros, conforme a la Descripción de Linderos y Medidas Perimétricas y el Cuadro de Datos Técnicos y Coordenadas Poligonales expresadas en la Memoria Descriptiva aprobada por Acuerdo de Concejo N° 009-2000-MDSDLO, del 21 de diciembre de 2000, y ratificado por Ordenanza N° 004-2003-MDSDO del 31 de mayo de 2003.

#### **Competencia del Tribunal Constitucional y adecuación del proceso**

2. Debe precisarse que, en principio, el Tribunal Constitucional es competente para conocer de los conflictos de competencia por mandato del inciso 3) del artículo 202° de la Constitución; no obstante, del petitorio de autos se advierte que la materia controvertida guarda relación con una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, por cuya razón se dispuso que el proceso de autos sea tramitado como si de una acción de inconstitucionalidad se tratara, como se aprecia del contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2003.
3. Por consiguiente, dado que el Tribunal Constitucional, por mandato del artículo 202°, inciso 1) de la Constitución, es competente para conocer de los procesos de inconstitucionalidad, corresponde que emita sentencia, por ser ese el estado del proceso.

#### **La competencia en asuntos de demarcación territorial**

4. El artículo 102° de la Constitución expresamente ha regulado, en su inciso 7), como una de las competencias del Congreso de la República, la de aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo, por lo que ninguna corporación municipal puede pretender ejercer dicha atribución, la que ha sido reservada de manera excluyente y exclusiva, por el legislador constituyente, al Poder Legislativo.
5. La Ordenanza impugnada, en su Artículo Primero, expresa que su objeto es ratificar en todos sus extremos el Ordenamiento Territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros de la Provincia de Huarochirí; en tal virtud, aparentemente no habría ningún ejercicio irregular o usurpación de funciones por parte de la Municipalidad Provincial de Huarochirí, la que se habría limitado a reafirmar la circunscripción territorial que

corresponde a la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros. Sin embargo, no se aprecia en autos de dónde provienen los datos que se pretende ratificar, pues no existe documento que sustente la actuación de la emplazada, esto es, que detalle la circunscripción territorial de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros y, que por tanto, pueda ser sujeto de “ratificación” en los términos empleados en la Ordenanza impugnada.

6. Aunque en la Ordenanza se haya hecho referencia al artículo 194° de la Constitución así como a los artículos II y 79° de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.° 27972, dichas disposiciones no son habilitantes para que cualquier corporación municipal pueda realizar labores de delimitación territorial, puesto que ni la autonomía municipal, ni las acciones de saneamiento y ordenamiento del territorio, ni la implementación, organización y administración del plan de acondicionamiento territorial, son atribuciones que permitan el desarrollo de actividades de demarcación territorial. En todo caso, el atributo de la autonomía previsto en el artículo 194° de la Constitución, debe ejercerse dentro de la jurisdicción de cada una de las corporaciones municipales. Paso previo para el ejercicio de tal atribución, obviamente será que se haya determinado la circunscripción territorial que corresponde a cada gobierno local o regional, para evitar discrepancias o conflictos entre los distintos órganos políticos; caso contrario, de existir desavenencias entre ellos, estas serán resueltas de conformidad con el inciso 7) del artículo 102° de la Constitución.
7. En consecuencia, se advierte que, por vía indirecta, la Municipalidad Provincial de Huarochirí trató de realizar lo que en la vía directa le estaba vedado, esto es, ejercer una potestad reservada para el Congreso de la República, pretendiendo “ratificar” un ordenamiento territorial determinado sin precisar previamente el documento que señale los límites o linderos de la jurisdicción municipal “ratificada”, por lo que la demanda debe ser amparada.

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

**HA RESUELTO**

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta; en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la Ordenanza Municipal N° 000011 aprobada por la Municipalidad Provincial de Huarochirí en Sesión Ordinaria de Concejo de fecha 27 de agosto de 2003, mediante la cual se dispuso ratificar en todos sus extremos el ordenamiento territorial del Distrito de Santo Domingo de Los Olleros. Por tal efecto, declárense nulos los actos administrativos que se sustentan en ella o que contravengan la presente sentencia, tales como el Acuerdo de Concejo N° 009-2000-MDSDLO del 21 de diciembre de 2000.

**Publíquese y notifíquese.**

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

**DECLARAN IMPROCEDENTE DEMANDA DE  
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

**COMENTARIO**

Por su trascendencia socio – política y por su alto nivel controversial, anexamos al presente la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional; respecto de la acción de inconstitucionalidad, interpuesta por Alberto Borea Odria y 5,000 ciudadanos; contra la Carta Política de 1993; así se precisa que los “documentos”, por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho. Como quedó expresado en el Fund. Jur. N° 10 de la STC N° 0005-2003-AI/TC: “(...) según el artículo 200 de la Constitución (de 1993), el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el “rango de ley”.

Con la expresión “rango” se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que, con la formula “rango de ley” se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución...”.

**Exp. N° 014-2003-AI/TC**

**(26/11/2003)**

**concordancias:**

**Const. Política 1979: Art. 81° 307°**

**Const. Política 1993: Art. 1° 200°**

**C.P.: Art. 346**

**26 de noviembre del 2003.**

**LIMA**

**ALBERTO BOREA ODRIA Y MAS DE 5,000 CIUDADANOS  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma.

Pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Aguirre Roca.

### **ASUNTO**

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado “documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993”(sic)

### **ANTECEDENTES**

Los demandantes sostienen que, estando vigente la Constitución de 1979, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetraron un golpe de Estado e instauraron una dictadura corrupta, la cual, para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido, y revertirse de legalidad, convocó a un Congreso Constituyente Democrático para que dicte el documento denominado “Constitución Política de 1993”.

Alegan que dicho documento, además de adolecer de legitimidad de origen, no llegó a regir efectivamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores; ello, junto a su evidente falta de vocación de Constitución, hacen que dicho documento no alcance la categoría de tal, dado que, por su propia naturaleza, una Constitución debe ser el resultado de la genuina expresión libre y soberana del pueblo, que contenga la limitación y control del poder, además de ser garantía para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Agregan que una vez restaurado el régimen democrático, y en aplicación del artículo 307 de la Constitución Política de 1979, que establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier medio distinto que ella misma dispone, corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad debiendo restablecerse la vigencia de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que definirá el propio Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.

Admitida la demanda, y efectuado el traslado de ley, ésta no fue contestada, por lo que después de realizada la audiencia pública, los autos quedaron para sentenciar.

## **FUNDAMENTOS**

### **§ 1. Petitorio**

1. Los accionantes sustentan su demanda de inconstitucionalidad de la Constitución Política del Perú de 1993, que ellos denominan “documento de 1993”, en los siguientes argumentos:
  - a) Que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y, además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.
  - b) Que la Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución (sic), no sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.
  - c) Que la Constitución de 1993, al ser obra de un gobierno de facto, no es democrática, por lo que no puede regir ni tomarse como pauta de un Estado de Derecho que tiene fundamentos muy distintos a los de la dictadura.
  - d) Que, en aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979, el Tribunal Constitucional tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 y, **consecuentemente, su nulidad.**

### **&2. Naturaleza de la Constitución y los alcances de la impugnación**

2. La Constitución es una norma jurídica-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la

expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como un grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, es status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumiría la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que de una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.

3. Por cierto, teniendo en cuenta esta doble naturaleza de la Constitución, cabe absolver las impugnaciones que pesan sobre la Constitución de 1993: la carencia de legitimidad encierra un cuestionamiento que atañe a la naturaleza política de la Ley Suprema; en tanto que los cuestionamientos a su validez y vigencia comportan una impugnación a su condición de norma jurídica.

### **§3. Legitimidad y legitimación de la Constitución**

4. Las palabras “legitimidad” y “legitimación” son conceptos que tienen significados diferentes según los contextos y el uso que de ellas se realicen en el ámbito de la Ciencia Política o en el plano de la Teoría Política; sin desconocer, desde luego, los usos de otras ciencias –en las que acaso también quepa incluir el Derecho–. (Así, por ejemplo, el significado que se atribuye a la voz “legitimación” en el derecho procesal; o, incluso en el derecho constitucional de ciertos

ordenamientos, como el italiano, donde el concepto “legitimidad constitucional” es equivalente al de “validez constitucional”).

De ahí la necesidad de recurrir a una definición estipulativa sobre el tema, es decir, se hace necesario explicitar, para lo sucesivo, el contenido y el significado que les hemos de asignar. Y las vamos a entender no en el sentido clásico, empleado por Marx Weber (Economía y Sociedad, FCE, México 1992, pág. 172 y sgtes.), quien en contraposición a la legitimidad tradicional y carismática, como se sabe, oponía la racional, “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”. Y ello porque, como más adelante se especificará, sobre la ordenación estatuida denominada “Constitución” no puede realizarse un juicio de “legalidad”/“ilegalidad”, “validez”/“invalidez”, dado que el Poder Constituyente, como se rescató en la STC N° 0014-2002-AI/TC, por principio no está sujeto a límites jurídicos.

5. El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que fórmula Karl Deutsch (Política y Gobierno. FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.), según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. “Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, (...) tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes.
6. Uno de los criterios para mediar el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina “legitimidad por procedimiento”. Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma alguien llega al poder (o, agregamos nosotros), se

crea una institución. Este usufructo del poder (o el proceso de creación de una institución) “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento “legítimo”, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la figuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo (o la creación de una institución) es legítima por la forma en que la obtuvo (o se crea), no en virtud de lo que (se) haga en el mismo” (Ob. Cit., pág. 28).

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81 de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto por el artículo 346 del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.

7. Ahora bien, el problema de la legitimidad del procedimiento también tiene relación con la información que se tiene acerca del procedimiento de la aprobación de la Constitución de 1993 mediante un referéndum.

En la STC N° 0014-2002-AI/TC(Fund. Jur. N° 53), este Tribunal sostuvo que “(...) La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos”.

En efecto, “(...) cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11,245.463 ciudadanos, de los cuales

concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8,191.846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6,237.682 votos y estableció 1,620.887 votos nulos y 333.277 votos en blanco. Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3,075.422, lo que representó el 36,56% de los votantes y el 27.34% del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con vicios de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11,518.669 y el número de votantes fue de 8,178.742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SI (o sea aprobando la Constitución) fueron 3,895.763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3,548.334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088 (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudosa el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993”.

8. Este Colegiado ratifica la convicción manifestada en la sentencia precitada. En efecto, el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas necesarias para dotar la legitimidad de origen a la Constitución de 1993.

En coherencia con dicha convicción, por lo demás, compartida por la ciudadanía en su conjunto, este Tribunal estima que correspondía y aún corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, promover la denuncia penal contra todos los sujetos que por acción u omisión hubieran contribuido dolosamente con la comisión de la pluralidad de ilícitos previstos como Delitos contra la Voluntad Popular (“Título XVII, Arts. 344-360 del Código Penal).

9. Sin embargo, la ausencia de legitimidad de origen de una Constitución no determina, por ese solo hecho, su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad. Algunos pasajes de la historia político-constitucional de nuestro país, sin perjuicio de lo que más adelante se diga, son prueba de ello.

Un dato común en nuestra historia republicana es el de que el fenómeno constituyente siempre ha aparecido como acto posterior a los golpes de estado (vid. Sentencia N° 014-200-AI/TC, fundamento 41 y ss.). En efecto:

- a) En la mayoría de los casos, la convocatoria a congresos, convecciones o asambleas constituyentes, así como las constituciones sancionadas por éstas, han tenido por objeto dotar la legitimidad a gobiernos de facto y sus respectivos proyectos políticos. Así, por ejemplo, Bolívar con la Carta de 1826, Gamarra con la Constitución de 1839, Castilla con la Constitución de 1856 y Leguía con la Constitución de 1920.
- b) De las 12 constituciones que ha tenido el Perú, 9 han sido promulgadas por militares: la Constitución de 1823, promulgada por el General José Bernardo de Torre Tagle; la de 1826, por el General Andrés de Santa Cruz; la de 1828, por el General Agustín Gamarra; las de 1856 y 1860, por el Mariscal Ramos Castilla; la de 1867, por el General Mariano Ignacio Prado, y la de 1933, por el General Luis M. Sánchez Cerro. En los otros casos, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori Fujimori, promulgaron respectivamente las Constituciones de 1920 y 1993.

Finalmente, sólo la Constitución de 1979 fue promulgada ese mismo año por la propia Asamblea Constituyente, que la sancionó, y posteriormente el entonces Presidente Constitucional de la República, don Fernando Belaunde de Terry, ordenó su cumplimiento, el 28 de julio de 1980.

- c) Sin contar la Constitución de 1979, cuya legitimidad no se cuestiona todas las demás han tenido, en variable grado, un déficit de legitimidad de origen; sin embargo, algunas de ellas tuvieron varios lustros de vigencia, sobreviniendo incluso a sus autores y a sus respectivos proyectos políticos. Así, la Constitución de 1839, sancionada por un Congreso convocado por el MARISCAL Gamarra, luego de instaurar su gobierno de facto, estuvo vigente hasta 1856; la Carta de 1860, sancionada

por un Congreso ordinario que se irrogó facultades constituyentes, estuvo vigente hasta 1920; y la Constitución de 1933, sancionada por un Congreso Constituyente disminuido, al haber sido detenidos o deportados varios de sus miembros, estuvo vigente hasta 1980.

10. El recuento precedente de ninguna manera pretende justificar ni validar la falta de legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Estos hechos forman parte de nuestro pasado, cuyo recuerdo adquiere ahora singular importancia, en un momento en el que nuestro país se encuentra en un proceso de reinstitucionalización democrática, y donde la propia historia debe ser “el punto de partida para aplicar el sentido común y para buscar una fórmula de consenso social” (Pedro Planas, Democracia y tradición constitucional en el Perú, Editorial San Marcos, Lima 1998, pág. 41).

Pero una cosa es que la Constitución de 1993 tenga una dudosa legitimidad de origen y otra, muy distinta, es que por ello devenga en inválida. Cabe, en consecuencia, interrogarse: ¿puede efectuarse un control de validez sobre una Constitución?

#### **\$4. Sobre la validez de la Constitución**

11. A fin de absolver tal interrogante, conviene precisar que ello dependerá del concepto de validez que se utilice. Y es que, al no existir un único concepto de validez, sino una diversidad de formas de comprenderlo, que varían según la teoría o escuela que lo formule, la respuesta que aquí se efectúe, obviamente deberá reparar en la distinta conceptualización que se le brinde (Robert Alexy, el concepto y la validez del derecho, Gedisa, Barcelona 1997, pág. 87 y sgtes.).
12. En primer lugar, para algunos, una norma es válida cuando esta en “vigor”. Esto es, que pueda ser observada y usada por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación. Así empleando este concepto, el juicio de validez que de él se deriva se traduce en plantear proposiciones como ¿se aplica una norma?, ¿fue cumplida por sus destinatarios?, entre otras.

Los recurrentes, en afirmación que este Tribunal comparte, han precisado que el denominado “documento de 1993”, además de adolecer de legitimidad de origen, en sus primeros años no llegó a regir plenamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores. No garantizó la separación o distribución de poderes, y



tampoco el control del poder público; los derechos y libertades fueron apabullados, y la democracia, como medio para alcanzar el bien común, fue burlada. En una palabra, como se ha subrayado a lo largo de todo el proceso, se trató de una Constitución que no tuvo vocación de regir plenamente.

13. Pero si lo anterior sucedió entre 1993 y noviembre de 2000, también es verdad que tras la destitución del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República dicho texto empezó a regir plenamente tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

Así, desde la instauración del gobierno transitorio a cargo de don Valentín Paniagua Corazao, el 21 de noviembre de 2000, hasta la fecha, la independencia y separación de poderes se encuentra plenamente garantizada; y los derechos y libertades ciudadanas están plenamente reconocidos y protegidos.

Es un dato objetivo de la realidad política que hoy, las autoridades gubernamentales sujetan su comportamiento funcional a la normatividad de la materia, y los gobernados realizan sus actividades cotidianas conforme al principio de dignidad previsto en el artículo 1 de la Carta de 1993.

En suma, si durante el interregno de la dictadura, la validez del texto aprobado de 1993 podría ser puesta en cuestionamiento, es indudable que a la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad rigen plenamente los principios, valores y normas en él establecidos. Ello, desde luego, con prescindencia de la calidad del contenido allí expuesto.

14. En segundo lugar, para otros, el concepto validez se debe entender en relación con el vínculo de la obligatoriedad que una norma pueda tener. Así, una norma es válida si ésta –ley o Constitución– tiene fuerza vinculante y, por ello, serán una a la que se debe obediencia.

Para quienes sostienen este concepto, la obligatoriedad de una norma depende de su existencia, es decir, de su pertenencia al ordenamiento jurídico y una norma “existe” por el hecho de que haya sido promulgada por una autoridad normativa o, sencillamente, porque se encuentre en vigor.

De este modo, el tema de la validez termina resolviéndose en un problema de valoración. Una Constitución es válida si es que ésta es obligatoria. Y esto último se produce por el solo hecho de que se encuentre en vigor y/o haya sido promulgada por una autoridad normativa.

Y si de lo que se trata es de explicar por qué la Constitución es obligatoria, es decir, válida, la respuesta no debe encontrarse en el ordenamiento, sino en un supuesto lógico. Para Hans Kelsen, en efecto, la respuesta a tal interrogante no se encuentra en el sistema normativo, sino en lo que él denominaba “Norma hipotética fundamental”, es decir, no en una “norma puesta”, sino en una “norma presupuestada”.

Desde ese punto de vista, la búsqueda de un fundamento para el carácter obligatorio de la Constitución se traduce, pues en el intento de encontrar una respuesta al por qué existe una obligación política. Como expresa María José Fariñas Dulce (El problema de la validez jurídica, Civitas, Madrid 1991, pág. 84), “si partimos, como hace Kelsen, de una noción normativa del concepto de validez, de tal forma que validez sea sinónimo de obligatoriedad, entonces preguntarnos por el fundamento de dicha validez equivale a preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, esto: ¿por qué el Derecho debe obedecerse? Indudablemente, esta cuestión no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino a la cuestión de la “legitimidad”.

Parece evidente que esta construcción sobre la validez de la Constitución, ha desembocado, pese a que el mismo Kelsen lo evitó durante toda su existencia, en un tema ajeno a la ciencia del derecho. Como expone Guastini, dado que no se trata de un problema que atañe a la legalidad, sino a la legitimidad, “semejante problema pertenece al horizonte ideológico del positivismo jurídico”, puesto que detrás de la afirmación de que “la Constitución debe ser observada porque es efectiva ...”, se esconde una “argumentación falaz...: no se puede fundar lógicamente una obligación sobre la constatación de un hecho” (Ricardo Guastini, “Sulla validità della Costituzione tal punto de vista del positivismo giuridico”, en Rivista internazionale di filosofia del diritto, N° 3, 1989, págs. 435-436).

15. En tercer lugar, otros postulan que el concepto de validez alude a la relación de comparabilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iter

procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el iter de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su “pertenencia” al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N° 00100-2002\*AI/TC).

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultraactiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico.

16. Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no pueden ser trasladado críticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son Decimosexta Disposición Final y Transitoria.

Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

17. Evidentemente, del fundamento precitado no se desprende que este Tribunal se encuentre autorizado para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993. Asimismo, tampoco puede afirmarse que cuando se expidió aquella sentencia, se encontraba vigente la Constitución de 1979.
18. Mediante tal fundamento simplemente se quería enfatizar que hasta el 31 de diciembre de 1993 se encontraba vigente la Constitución de 1979, de manera que todos los que habían actuado con violación de ella –empezando, desde luego, con los golpistas del 5 de abril de 1992– eran y son pasibles de ser juzgados conforme a lo que disponía su artículo 307, por encontrarse en ese entonces vigente. Se trata de un típico caso de aplicación ultractiva de una norma constitucional, es decir, de la capacidad para regular hechos y conductas realizadas durante el tiempo en que ella estuvo en vigencia.
19. De modo que, no pudiéndose confundir la aplicación ultractiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979, cabe precisar que tampoco procede una declaración de invalidez, dado que su análisis implicará determinar si la Constitución de 1993 fue incorporada al ordenamiento estadual de conformidad con ciertas pautas sobre su producción jurídica (competenciales, formales y materiales):
- Dichas pautas jurídicas, por cierto, tendrían que tener una jerarquía superior a la norma o normas objeto de examen, en este caso, la Constitución de 1993, lo que es absurdo, debido a que:
- a) La elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación (pues es algo que se autoimpone el Poder Constituyente; no es más que mero voluntarismo de autorrestricción sin consecuencias jurídicas).

- b) Por encima de la Constitución no existen, ni pueden existir, normas que tengan un rango formalmente superior, dado que, por definición, ella es la Ley Suprema del Estado.

**§5. Las paradojas de la impugnación de inconstitucionalidad del “documento denominado Constitución Política de 1993”.**

20. No obstante, cabe plantear el mismo tema desde una perspectiva procesal. Es decir, considerar que la pretensión de los recurrentes está destinada a obtener de este Tribunal un pronunciamiento jurisdiccional que declare la inconstitucionalidad de lo que denominan “documento de 1993”.

Por consiguiente, las cuestiones por indagar son las siguientes: ¿cuál ha de ser el parámetro con el cual este Tribunal Constitucional debe juzgar la validez/invalidéz del “documento de 1993”? ¿Tiene el “documento de 1993” la cualidad para ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

**5A. ¿Existe una norma-parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una Constitución?**

21. En el Fund. Jur. N° 3 de la STC N° 0001-2002-AI/TC, este Colegiado sostuvo que “a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control”.

En el caso de autos, la primera paradoja que se evidencia es la que tiene que ver con la determinación del parámetro con que este Tribunal debe realizar el juicio de validez. ¿Cuál sería el indicado? ¿La Constitución precedente o la misma Constitución de 1993?

22. Queda claro que no es en este último sentido con el que debe comprenderse los alcances de la impugnación efectuada.

En primer lugar, no se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de la Constitución de 1993, tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206, o vulnerando los

límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional. (STC N° 0014-2002-AI/TC). La impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado “documento del 93”.

No obstante, si este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se “administraba” no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Solo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo (el rey), sino 7 personas, las que precisamente formamos el Tribunal.

23. Como lo anterior es incompatible con la naturaleza de este Tribunal Constitucional, cabría que la pretensión se dilucide desde la otra perspectiva propuesta en el Fundamento N° 21; esto es, considerar como parámetro para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 a la Constitución de 1979.

En torno a ello, no menos dramática sería la situación en la que este Tribunal Constitucional se vería envuelto si el parámetro fuese dicha Ley Suprema. En efecto, sucede que la autoridad con la que cuenta este Tribunal no dimana de la Constitución de 1979, sino de la Constitución de 1993. Así las cosas, ¿podría este Tribunal declarar la inconstitucionalidad –no ya de una disposición–, sino de toda la Constitución, que lo crea y establece sus competencias?

No es esto todo, sin embargo. Si, por un momento, y pese a lo anterior, tuviésemos la convicción de que este Tribunal es competente para declarar la inconstitucionalidad del denominado “documento de 1993”, situaciones no menos paradójicas habría necesariamente que advertir:

- a) Por un lado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, al ser un acto procesal que ponga fin a un proceso creado y regulado por la misma Constitución de 1993, tendría que forzosamente también considerarse como ¡inconstitucional!. Es decir, se trataría de una sentencia dictada en el seno de un proceso, en sí mismo, inconstitucional.

- b) Por otro, inconstitucional también sería el pronunciamiento efectuado por este Colegiado, pues si se declarase la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, con dicha declaración de invalidez se declarararía la inconstitucionalidad del mismo Tribunal Constitucional. Y es que nos encontraríamos frente a un pronunciamiento que habría emanado de un órgano –este Tribunal Constitucional– que, al haber sido creado por la Constitución del 93 también sería inconstitucional.

Todas las paradojas a las que se ha aludido, sin embargo, no son las únicas. Si hasta ahora se ha mencionado aquellas que surgirían de analizar cual sería el parámetro, otro tanto cabe advertir si el análisis se efectúa desde la perspectiva del objeto del control en la acción de inconstitucionalidad.

#### **5B. ¿El “documento de 1993” podría ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?**

24. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, regulado por el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución de 1993, dentro del cual, precisamente, se ha planteado la impugnación del denominado “documento de 1993”, se impugna la validez constitucional de las leyes y las normas con rango de ley. Este precepto constitucional, en efecto, establece que “Son garantías constitucionales (...)4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tiene rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales con carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51, “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”.

Más aun, si por un momento, en vía de mera hipótesis, estuviésemos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución establece que el control sobre las normas que allí se enuncian, consiste en

evaluar si contravienen a “(...) la Constitución en la forma o en el fondo”. Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a sí misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenir a sí misma.

25. No obstante, resulta evidente que para los recurrentes el denominado “documento de 1993” no tiene el rango de Constitución. Aducen, como lo han expuesto a lo largo del proceso, que se trata simplemente de un “documento”.

Es pertinente precisar que los “documentos”, por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que pueden tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso solo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho. Como este Tribunal Constitucional lo ha sostenido en el Fund. Jur. N° 10 de la STC N° 0005-2003-AI/TC: “(...) según el artículo 200 de la Constitución (de 1993), el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el “rango de ley”.

Con la expresión “rango” se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que, con la fórmula “rango de ley” se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución.

De manera que si se trata de un “documento”, como se alega, entonces debe desestimarse, por inadmisibile, su impugnación en el seno de este proceso.

26. Pese a ello, lo que los recurrentes han expresado durante el proceso, sobre la naturaleza que tendría el denominado “documento del 93”, parece haber sido matizado en la audiencia pública. No se trataría de una “Constitución”, expresan, y tampoco ya de un “documento” a secas, sino, en todo caso, de un “documento” que tiene “fuerza de ley”. En virtud de ello, alegan, este Tribunal sería competente para juzgar la validez de dicho “documento” con rango de ley, tal como procedió con los decretos leyes en materia de legislación antiterrorista (STC N° 0010-2002-AI/TC)

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Ello porque la admisión a control de los referidos decretos leyes se efectuó, entre otras consideraciones, debido a que el artículo 2 de la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 les otorgó reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico nacional. Como se sostuvo en la STC N° 0010-2002-AI/TC, el reconocimiento de pertenencia al ordenamiento jurídico nacional de tales decretos leyes no suponía declaración alguna sobre su validez, que es lo que precisamente se evaluó en dicho precedente.

Pero, por otro lado, tampoco es admisible la analogía propuesta, dado que con las admisión de los decretos leyes como normas sometidas al control en el seno de este proceso, no se generaba ninguna de las paradojas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento N° 22 y siguientes de esta sentencia. A saber:

Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.

- Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula este proceso.
- Evaluar la constitucionalidad del denominado “documento” a partir de un parámetro o criterio no objetivable.
- Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el “documento de 1993” y el parámetro de ese control, terminen identificándose ; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del “documento de 1993” conforme a la Constitución de 1979, que no solo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando.

#### **\$6. Posición y exhortación institucional**

27. El Tribunal Constitucional, si bien no comparte las argumentaciones jurídicas de los representantes de los recurrentes –conjunto ciudadano de impecables credenciales democráticas–, en cambio, participa de su preocupación ética y cívica y coincide en que el tema constitucional es un problema aún irresuelto, y cuya resolución es esencial para asegurar el proceso de transición democrático.

El hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el

oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria inconstitucionalidad.

28. Este Tribunal ha señalado (STC del 21 de enero de 2003 –Exp. N° 014-2002-AI/TC) que la Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, que estuvo integrada por distinguidos juristas, entre ellos el representante de los demandantes, doctor Alberto Borea Odría, planteó las tres siguientes alternativas para resolver la cuestión derivada de la abrogación de la Constitución Política de 1979:

Primera: Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993, aprobada por un Congreso Constituyente Democrático producto de un golpe de Estado y subordinado a un gobierno autoritario y corrupto; y la puesta en vigencia de la Carta de 1979.

Segunda: Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum; y,

Tercera: Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

La indecisión permanente en el seno del Parlamento y las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en torno al futuro de la Constitución de 1993, representan un retroceso en la tarea de afirmar la institucionalidad, objetivo que requiere de normas con vocación de perdurabilidad en el tiempo, y cuyo sustento sea la aquiescencia política y cívica de consuno entre gobernantes y gobernadores.

Este Tribunal considera que al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable.

Por ello, invoca a este poder del Estado para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación.

Finalmente, creemos que la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución, especialmente por la aún próxima vecindad con un periodo aciago para el imperio de la legalidad y la vigencia de los derechos fundamentales, adquiere cotas de trascendencia fundacional, aun más si se trata de la redacción de un texto que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre y justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

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

**FALLA:**

Declarando **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución Política del Perú de 1993. Exhorta al Congreso de la República para que proceda conforme a lo señalado en el fundamento N° 28, supra. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI;  
BARDELLI LARTIRIGOYEN;  
REY TERRY;  
REVOREDO MARSANO;  
GONZALES OJEDA;  
GARCIA TOMA

**12. MODELO DE DEMANDA :**

**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Exp. N°.- 0787

Sec.- José Palacios

Escrito N°.- 01.

Sumilla: Proceso de Inconstitucionalidad.

**SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**ROGER CASTILLO CASTILLO**, identificado con D.N.I. 33542392, con dirección domiciliaria en Av. Grau N° 2315 y con domicilio procesal en la casilla N° 24 del Dpto. de Notificaciones del Colegio de Abogados de Lima; en representación de cinco mil ciudadanos cuya identificación y firma se adjunta a la presente demanda, según poderes otorgados con fecha 17 de setiembre de 2004; a Ud. atentamente digo:

**I. PETITORIO:**

Que recurrimos a su despacho a fin de interponer el presente proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 0444 expedido por el Presidente de la República don Alejandro Toledo Manrique, y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros don Carlos Ferrero y por los Ministros de Justicia y de Trabajo, a quienes se notificará en su domicilio legal, respectivamente, a fin de que se deje sin efecto el referido dispositivo legal por ser flagrantemente inconstitucional, atendiendo a los fundamentos de hecho y de derecho que paso a exponer:

**II. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA**

1. Con fecha 13 de Setiembre de 2004 el Poder Ejecutivo en las personas de los emplazados expidió el Decreto Legislativo N° 0444, que modificó la Ley N° 25869, Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Como puede apreciarse, este Decreto Legislativo con el que se está regulando materia reservada a Ley Orgánica constituye una flagrante transgresión al Art. 106° de la Constitución Política en cuanto prescribe que las Leyes Orgánicas para su aprobación o

modificación requieren el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso de la República.

3. Siendo evidente la infracción constitucional, además de no existir ley que autorice al Poder Ejecutivo para legislar sobre dicha materia; y no habiendo voluntad de corregir o derogar el cuestionado decreto legislativo. Nos vemos compelidos a instaurar el presente proceso de inconstitucionalidad.

### **III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

1. El Proceso de Inconstitucionalidad.- Conforme lo dispone el Art. 200° inc. 4) de la Constitución Política, el proceso de inconstitucionalidad procede contra las normas con rango de ley de carácter general que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo. Como quiera que en el presente se trata de un Decreto Legislativo que viola la Constitución, es perfectamente viable la acción a que se refiere el artículo constitucional citado, el mismo que invocamos como sustento de la presente demanda.
2. Regulación de materias reservadas a Leyes Orgánicas.- Conforme lo dispone el Art. 106° de la Constitución Política, las materias cuya regulación están reservadas a Ley Orgánica para su aprobación o modificación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso de la República, lo que no ha sido observado por el inconstitucional Decreto Legislativo N° 0444.

### **IV. MEDIOS PROBATORIOS**

En calidad de tal presentamos el texto íntegro del Decreto Legislativo N° 0444.

### **V. ANEXOS**

- 1A. Copia de DNI del recurrente
- 1B. Copia del Poder de representación conferido al recurrente.
- 1C. Certificación de firmas por el J.N.E. de los cinco mil ciudadanos que se adhieren al presente.

POR TANTO:

A Ud., Sr. Presidente, solicito admitir la presente, tramitarla de acuerdo a su naturaleza y en su oportunidad declararla Fundada, ordenando se deje sin efecto la norma impugnada por su manifiesta inconstitucionalidad.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.

### 1. NOCIONES PRELIMINARES

En el Perú, se presentan dos tipos de procesos constitucionales dirigidos a cuestionar la validez de las normas jurídicas de carácter general, diferenciados por el rango de la norma jurídica que protege;

- a) El proceso de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional.
- b) El proceso de acción popular contra las normas jurídicas de carácter general con rango inferior a una ley, ante la Sala correspondiente de la Corte Superior respectiva.

“La acción popular se configura como un instrumento procesal constitucional capaz de movilizar a la jurisdicción ordinaria para que se pronuncie acerca de la legitimidad constitucional y/o legal de las normas de rango inferior a la ley”<sup>51</sup>.

### 2. ANTECEDENTES

Los antecedentes de esta proceso, se remontan a la Actio Popularis, pretorias y penales del Derecho Romano. En ese sentido, el Digesto en su Libro 47, Título 23, Ley 1, prescribía: “llámamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo”, facultándose de este modo a cualquiera del pueblo a ejercitar una acción de carácter penal por asuntos relacionados al interés de la colectividad<sup>52</sup>.

51. DANOS ORDOÑEZ, Jorge; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular, en Lecturas sobre Temas Constitucionales”, Lima, 1990, p. 154.

52. Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana Inés; “El Proceso de Acción Popular: Análisis Preliminar”; En Introducción a los Procesos Constitucionales; p. 243.



En el Perú, el proceso de acción popular a fines de siglo XIX; era usualmente entendido como el recurso para formular denuncias contra las autoridades que cometían infracciones y delitos contra los deberes de función, a fin de que fueren procesadas y sancionadas. Como se puede ver en el Artículo 157° de la Constitución de 1920 y el Artículo 231° de la Constitución de 1933 (Acción Popular con contenido penal).

- **Constitución de 1920:**

Artículo 157.- “Produce acción popular contra magistrados y jueces, la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de las formas judiciales, el procedimiento ilegal contra las garantías individuales y la prolongación indebida de los procesos sumarios”.

- **Constitución de 1933**

Artículo 231°.- “Hay acción popular para denunciar los delitos contra los deberes de función y cualquier otro que cometan los miembros del Poder Judicial, en ejercicio de sus funciones. También la hay para denunciar los delitos contra la ejecución de las resoluciones judiciales que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo”.

### **Acción Popular como mecanismo de control de constitucionalidad y legalidad**

La Constitución de 1933 en el artículo 133°, estableció la acción popular como mecanismo de control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los Reglamentos y Resoluciones de carácter general.

**Artículo 133.-** “Hay acción popular ante el Poder judicial contra los reglamentos, contra las resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general y que infrinjan la Constitución y las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

- La Acción Popular reconocida por la Carta de 1933 no llegó a funcionar sino hasta 1963, cuando fue reglamentada. En esos años, algunos particulares impugnaron la legalidad y constitucionalidad de diversos decretos supremos, resoluciones supremas y ministeriales, que no fueron amparados por el Poder Judicial, bajo el argumento de falta de reglamentación.
- La Constitución de 1979, en el Artículo 295°, le daba mayores alcances que la Constitución anterior, de 1933.

**Artículo 295.-** (Parte in fine): “Hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la Ley, contra los Reglamentos y contra las Resoluciones y Decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y los Locales y demás personas de Derecho Público”

- La Ley N° 24968 del 14/12/1988 estableció el proceso respectivo.
- La Constitución de 1993, en el Artículo 200 inciso 5, establece la Acción Popular como una garantía constitucional plena, con una finalidad y autonomía definida.

### **3. BASE JURÍDICO – DOCTRINAL**

El proceso de Acción Popular encuentra sustento en postulados doctrinales del Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derecho Administrativo, así tenemos:

- **La Soberanía.-** Atributo de poder del Estado, para determinar por sí mismo, su orden interno, expresado en la potestad reglamentaria de la administración Pública.
- **Constitución.-** Marco normativo fundamental del que desciende por grados todo el resto del ordenamiento jurídico.
- **Supremacía Constitucional.-** Principio constitucional de orden fundamental, establece que el contenido de las normas de inferior jerarquía a la Constitución no entren en conflicto con ella o la contradigan, en caso de conflicto prevalecerá siempre la norma constitucional.
- **Principio de Legalidad.-** Establece el respeto de la norma jurídica con rango de ley por parte de las normas jurídicas reglamentarias, éstas –en atención a su menor jerarquía– no deben entrar en conflicto con ella o contradecirla, para garantizar la sistematización y unidad del ordenamiento jurídico.

## **4. EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

### **4.1. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA**

Es el proceso constitucional que procede jurisdiccionalmente por infracción de la Constitución y la Ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general; cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Puede ser ejercitado

por cualquier persona o grupo de personas contra los excesos contenidos en normas administrativas para que se subsanen o dejen sin efecto<sup>53</sup>.

El Poder Ejecutivo en uso de la facultad de reglamentar leyes, los órganos que integran este poder, así como los órganos descentralizados, para el mejor cumplimiento de sus funciones, expiden normas administrativas de diferente nivel o jerarquía<sup>54</sup>. Estas normas reglamentarias por diferentes razones, pueden contravenir por exceso de potestades de la Administración pública, a la Constitución o a la Ley.

La Constitución en el artículo 188° inciso 8 asigna al Presidente de la República el ejercicio de la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Son los denominados reglamentos secundum legem o intra legem<sup>55</sup>, son aquellos reglamentos que pasan el test de constitucionalidad y legalidad.

Por el contrario, el reglamento contra legem es aquel que contraría los mandatos y la extensión de la ley que debió precisar, se tiene por irritado<sup>56</sup>. Este es el tipo de Reglamento materia del proceso de acción popular.

A diferencia de los procesos de Hábeas Corpus y Amparo, que se emprenden contra hechos o actos, el proceso de Acción Popular enfrenta los abusos y excesos traducidos en normas, que en la práctica puedan dar lugar a muchos perjudicados, en forma inmediata o mediata.

El proceso de Acción Popular está estrechamente vinculada al de Inconstitucionalidad contra las leyes; en la medida que su propósito también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero examinando las normas inferiores a la Ley.

La Constitución de 1993 como norma sustantiva regula este proceso en el Art. 200° inciso 5. En tanto que el Código Procesal Constitucional como norma adjetiva regula este proceso en los Art. 84 al 87.

53. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; El Abogado y la Justicia Libro Homenaje al Doctor Efraín Zegarra Sánchez, Marsol Perú Editores, S.A., Lima 2003, p. 41.

54. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; Ob. Cit, Pág. 41.

55. BACACORZO, Gustavo; Tratado de Derecho Administrativo; Tomo I – II; Quinta Edición; Gaceta Jurídica; Lima 2002; p. 80.

56. BACACORZO, Gustavo; Ob. Cit, p. 80.

#### 4.2. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL

El conocimiento de la demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial (Sala Civil Superior, Art. 85° del Código Procesal Constitucional). Se deberá tener en cuenta la materia de la norma jurídica impugnada; es decir el contenido civil, penal, laboral, etc.

#### 4.3. FINALIDAD

Tiene por finalidad servir de instrumento para el control jurisdiccional de la Constitucionalidad y Legalidad de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expide el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de derecho público.

#### 4.4. PROCEDENCIA

La demanda de Acción Popular, es procedente en los siguientes casos:

- Contra los Reglamentos; normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinja la Constitución o la ley. (inconstitucionalidad o ilegalidad de fondo)
- O, cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso. (inconstitucionalidad o ilegalidad de forma)
- El Código Procesal Constitucional no hace mención expresa de la llamada “acción popular previa” que introdujo la derogada ley 24968 de Acción Popular en su Art. 5°. Es decir, la posibilidad de admitir acciones antes que la norma administrativa cuestionada haya sido publicada. Y a tenor de lo prescrito por el Art. 87° del Código en cuanto expresa: “el plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma”. Se tiene que solo es procedente interponer la demanda de acción popular una vez publicada la norma.

#### 4.5. REQUISITOS DE LA DEMANDA

Conforme con lo prescrito por el Art. 86° del Código Procesal Constitucional, debe contener los siguientes requisitos y anexos:

1. La designación de la Sala ante quien se interpone la demanda.
2. Los datos de identidad de la persona o personas que ejercitan la acción y sus domicilios.
3. La indicación precisa y domicilio del órgano emisor de la norma impugnada.
4. Petitorio Indicación de la norma constitucional y/o legal que supone han sido violadas con la dación de la norma impugnada.
5. Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.
6. Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
7. La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

#### 4.6. ADMISIÓN E INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

- Interpuesta la demanda la Sala correspondiente resuelve su admisión o no en el plazo no mayor de cinco días; pudiendo declararla inadmisibile, contra dicha resolución procede recurso de apelación que se interpone dentro de los tres días de notificada la referida resolución.
- Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de Acción Popular, sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, hasta que éste expida la resolución.

#### 4.7. CARACTERÍSTICAS

- El ser una acción pública, por lo que cualquier persona o ciudadano, sin que tenga legítimo interés, puede ejercitarla sin necesidad de acreditar la “legitimatío ad processum” propia de las acciones de índole privada.
- Se dirige exclusivamente contra normas de jerarquía inferior a la legal, es decir, contra los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales, y otras normas similares que expidan las demás personas de derecho público.
- Se ejercita ante el Poder Judicial.

- Protege la Constitución y las Leyes frente a los excesos y abusos de la normatividad administrativa del Ejecutivo y organismos públicos afines del Estado

#### 4.8. ETAPAS DEL PROCESO

- **Etapa postulatoria o expositiva.-** Constituida por la presentación de la demanda conteniendo la pretensión de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma con rango inferior a la ley.
- **Etapa conclusiva.-** Donde se realizan los alegatos y conclusiones sobre todo lo actuado en el proceso.
- **Etapa resolutoria.-** Expedición de la sentencia o decisión judicial de la pretensión.
- **Etapa impugnativa.-** Este tipo de proceso si admite una segunda instancia, lo que no ocurre con el proceso de inconstitucionalidad. En el proceso de acción popular no procede el recurso de casación.
- **Etapa de ejecución.-** Cumplimiento de la decisión judicial, en la que se anula la norma jurídica, siempre y cuando se declare fundada la demanda de acción popular.

#### 4.9. EFECTOS DE LA SENTENCIA

- La sentencia que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de los preceptos impugnados, declara igualmente la de aquellos otros a los que debe extenderse por conexión o consecuencia. (Art. 78° del Código Procesal Constitucional).
- La sentencia firme tiene autoridad de cosa juzgada, vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” (Art. 82° del Código Procesal Constitucional).
- Las sentencias firmes recaídas en los procesos de Acción Popular tiene autoridad de cosa juzgada. Y podrán determinar la nulidad con efecto retroactivo de las normas impugnadas. (Art. 81° del Código Procesal Constitucional) “Probablemente la novedad más importante sobre esta materia está contenida en el Artículo 81°, conforme al cual la sentencia que declare Fundada las demandas

de acción popular determinan la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas”<sup>57</sup>.

- La sentencia queda consentida cuando la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema absuelve la consulta, y queda ejecutoriada cuando dicha Sala dicta sentencia en mérito al recurso de apelación interpuesto. (Art. 93° y 95° del Código Procesal Constitucional).
- La declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no impide, de ser el caso, que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo. Siempre respetando los plazos para la interposición de la demanda respectiva (Art. 82° del Código Procesal Constitucional).
- Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular (Art. VI del T. P. del Código Procesal Constitucional).

Es de advertir que, no obstante los cambios introducidos por el Código respecto de la legislación anterior, con el fin de revitalizar este proceso, sigue siendo un mecanismo poco utilizado como se ve de la escasa Jurisprudencia sobre la materia.

#### **4.10. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

La demanda puede ser entablada por cualquier persona, no es necesario acreditar legítimo interés (Art. 84° del Código Procesal Constitucional)

“La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona sin necesidad de contar con legítimo interés. Precisamente el nombre de este proceso viene de la amplia legitimación que lo caracteriza”<sup>58</sup>.

#### **4.11. LEGITIMACIÓN PASIVA**

Le corresponde al órgano emisor de la norma objeto del proceso. Para el caso de que el órgano emisor haya dejado de operar le corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones. (Art. 89° del Código Procesal Constitucional)

57. Exposición de Motivos, Ob. Cit., p. 12

58. Abad Yupanqui Samuel, Ob. Cit. p. 169

#### **4.12. PRESCRIPCIÓN**

A diferencia de los distintos plazos de prescripción que establecía la derogada Ley 24968. El Código Procesal Constitucional establece un plazo único de prescripción (Art. 87° del Código Procesal Constitucional) de cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

#### **4.13. COSTOS**

En caso de dictarse sentencia fundada los costos serán asumidos por el Estado. En caso contrario, el Juez podrá condenar al demandante al pago de los costos, si estima que incurrió en manifiesta temeridad. (Art. 97° del Código Procesal Constitucional)

## 5. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

### INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA MUNICIPAL POR EXCESO DE POTESTAD TRIBUTARIA

#### COMENTARIO

Los denominados “derechos” son tributos que se deben pagar como contraprestación de un servicio administrativo efectivamente prestado por la Municipalidad por el uso o aprovechamiento de bienes públicos o municipales. El área de retiro de un inmueble constituye un bien privado y aún cuando la Municipalidad puede establecer restricciones o modalidades en cuanto a su uso, no puede imponer derechos o tributos respecto de dicha área de retiro por su naturaleza particular.

**Expediente N° 126-94**  
**Sala de Derecho Constitucional y Social**  
**Sentencia**

Lima, cinco de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

VISTOS; de conformidad con el dictamen Fiscal, y, CONSIDERANDO: que el Edicto Municipal número cero cero uno-ochenta y siete-CDSB-A crea en sus acápite G-cero treinta y cinco al cero treinta y nueve un denominado “derecho” por autorización municipal temporal para ocupar el retiro municipal para uso comercial; que dicho edicto fue publicado el ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete y ratificado por la Municipalidad de Lima Metropolitana mediante Acuerdo número cero sesenta y dos, de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho que entre el ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete en que se publicó el Edicto materia de litis y el veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos en que se interpuso la demanda no ha operado el plazo de prescripción de cinco años que prevé el inciso primero del Artículo sexto de la Ley número veinticuatro mil novecientos sesenta y ocho cuando se acusa violación de la Constitución; que, sin embargo, ha operado el plazo de prescripción de tres años previsto en el inciso segundo del Artículo sexto de la norma citada contra las normas que contravienen la ley, que, en consecuencia, cabe analizar únicamente el extremo de la demanda referido a la inconstitucionalidad del Edicto Municipal cuestionado que al respecto, el Artículo noventa y dos de la Ley Orgánica de Municipalidades define claramente en su inciso cuarto que

se entiende por “derechos”, calificándolos como tributos obligatorios que deben pagar los contribuyentes como contraprestación de un servicio administrativo que la Municipalidad les brinda, por el uso o aprovechamiento de bienes públicos o municipales, que la propia Ley Orgánica de Municipalidades confiere a éstas la potestad de establecer restricciones o modalidades en el uso de los bienes privados, como es el caso de respetar un área de retiro, que sin embargo, esto no implica que dicha área de retiro pase por tal limitación a ser propiedad pública o municipal, que por ende, la Municipalidad demandada ha excedido la potestad tributaria delegada que le confiere la Constitución al cobrar bajo la denominación de “derecho” un tributo que es el fondo un impuesto, el cual conforme al Artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, recogido en el Artículo sesenta y cuatro de la Carta de mil novecientos noventa y tres solo puede ser creado por ley (1); que en consecuencia los acápite G. cero treinta y cinco al G. cero treinta y nueve del Edicto Municipal número cero cero uno-ochenta y siete-CDSB-A son inconstitucionales por vulnerar la reserva legal establecida por la Carta; que de conformidad con el Artículo veintitrés de la Ley número veinticuatro mil novecientos sesenta y ocho (2) cabe declarar la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia del Acuerdo número cero sesenta y dos de la Municipalidad de Lima Metropolitana, de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en la parte que ratifica los preceptos materia de litis, Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veinticuatro, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, que declara FUNDADA la Acción Popular interpuesta a fojas veintitrés, por la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de San Borja contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Borja, en consecuencia Inconstitucionales los acápite G. treinta y cinco, G. treinta y seis, G. treinta y siete, G. treinta y ocho, y G. treinta y nueve contenidos en el Edicto Municipal número cero cero uno-ochenta y siete-CDSB-A publicado el ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, así como el Acuerdo número cero sesenta y dos de la Municipalidad de Lima Metropolitana, su fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, en la parte que ratifica los preceptos materia de litis; declararon que CARECE DE OBJETO pronunciarse con relación a la excepción de prescripción deducida fojas noventa y uno; MANDARON se publique la presente resolución de conformidad con lo previsto por el segundo párrafo del Artículo veinte de la Ley número veinticuatro mil novecientos sesenta y ocho; y los devolvieron.

SS. CASTILLO C, BUENDIA G, ORTIZ B. REYES R; ECHEVARRIA A.

**COBRO DE TASAS MUNICIPALES: ANUNCIOS,  
PROPAGANDA Y PUBLICIDAD**

**COMENTARIO**

La presente, en la fecha, fijó posición respecto de que las Municipalidades no están facultadas para cobrar tasa en los rubros de anuncios, propaganda y publicidad, por tratarse de conceptos que no se encuentran estipulados en la Ley de Tributación Municipal.

**Expediente N° 01-95-AP**

**Chimbote**

**Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia**

**Sentencia**

Chimbote, diecisiete de abril de mil novecientos noventa y seis

**VISTOS:** Resulta de autos que por escrito de fojas uno a ocho Henry Aldea Correa, interpone Acción de Garantía –Acción Popular, en contra de la Municipalidad Provincial del Santa, por haber infringido la Constitución Política y la Ley Tributaria Municipal al haber aprobado y puesto en vigencia el Edicto número: cero cero cuatro – noventa y cinco – MPS; que contiene las Tasas de los diferentes servicios que presta, entre ellos el rubro de: “Anuncios y Propaganda y Licencia y Anuncios y Publicidad”, que fuera aprobado por Edicto número: cero cero uno noventa y cuatro – MPS, de fecha: catorce de febrero de mil novecientos noventa y cuatro que viene exigiendo por haber girado los recibos correspondientes; que, el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, fue publicado el Decreto Legislativo número Setecientos Setenta y seis “Ley de Tributación Municipal” que señala el marco normativo para las contribuciones y tasas municipales y que no tiene facultad para establecer tasas por anuncio, propaganda, publicidad, entre otros, más aun resulta inconstitucional exigir cobros por tales conceptos, ofrece los medios probatorios: admitida la instancia por auto de fojas diecisiete; corrido traslado correspondiente a la parte emplazada y efectuadas las publicaciones en el diario de Chimbote, el Espectador, que corre a fojas veintitrés y veinticuatro, respectivamente; por decreto de fojas treinta y tres se dispone la Vista Fiscal Superior quien emite dictamen a fojas treinta y cinco, siendo el estado del proceso el de emitir sentencia Y

CONSIDERANDO: Que, conforme a lo dispuesto en el Artículo setenta y uno y sesenta y ocho del Decreto Legislativo número setecientos sesenta y seis (1), Ley de Tributación Municipal, dispone los casos en los que procede o faculta a las Municipalidades del país cobrar contribuciones y tasas; que, en la norma citada no se encuentra comprendido como concepto facultado los anuncios o propaganda, las licencias de anuncio y publicidad, a que se refiere el Edicto Municipal número cero cero cuatro – noventa y cinco – MPS, publicado en el diario de Chimbote, con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, que no comprendiendo los hechos del edicto municipal a la norma facultada, es procedente amparar la acción interpuesta por lo que Administrando Justicia a Nombre de la Nación, la Sala Mixta Descentralizada: FALLA, Declarando FUNDADA la Acción de Garantía, Acción Popular: interpuesta por Henry Aldea Correa en contra de la Municipalidad Provincial del Santa – Chimbote, en consecuencia: Déjese sin efecto ni valor el Edicto Municipal número: cero cero cuatro – noventa y cinco –MPS, publicado el diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, en los extremos referidos a “Anuncios y Propaganda y Licencia de Anuncios y Publicidad”; por ser contrarios a la Ley Tributaria Municipal.- interviniendo el doctor Félix Carrillo Cisneros por renuncia del Dr. Segundo Vitery Rodríguez.

SS. CARRILLO C. TOVAR G.; RAMOS H

Chimbote, veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Autos y Vistos; apareciendo de autos que la resolución expedida por esta Sala Mixta corriente de fojas cuarenta y tres y cuarenta y cuatro inadvertidamente se ha omitido ordenar su publicación en el diario oficial por lo que regularizando tal omisión, integraron la referida resolución y ORDENARON que la resolución de fojas cuarenta y tres y cuarenta y cuatro se publique en el diario autorizado de la localidad y en el Diario Oficial El Peruano.

SS. CARRILLO C.; TOVAR G.; RAMOS H.

**6. MODELO DE DEMANDA:****Exp. N°.-****Escrito N°.- 01****SUMILLA: DEMANDA DE ACCION POPULAR****Señor Presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima:**

CARLOS FERNANDO RODRIGUEZ PALACIOS, Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca, identificado con D.N.I. N° 27673403, señalo domicilio legal en calle Santa Teresa de Journet s/n, Fonavi II, Cajamarca – Sede del Gobierno Regional; con domicilio procesal en la Casilla del Colegio de Abogados de Lima N° 5042, a Ud. digo:

**I. PETITORIO:**

Que, a tenor de lo prescrito por el Art. 200° inc. 5 de la Constitución Política del Perú, interpongo demanda de ACCION POPULAR contra el Decreto Supremo N° 029-2004-EF, publicado el 17 de febrero de 2004 en el diario oficial El Peruano, por contravenir la Ley N° 28077 publicada el 26 de setiembre de 2003 en el diario oficial El Peruano, que modificó diversos artículos de la Ley de Canon N° 27506. Dirijo la presente contra el Ministerio de Economía y Finanzas, en la persona de su representante legal, a quien se le deberá notificar en Residencial San Felipe Los Olivos 863 – Jesús María – Lima.

**II. FUNDAMENTOS DE HECHO**

1. Que, mediante Ley N° 28077 se dispuso en su artículo 5° la modificación del artículo 9° de la Ley de Canon N° 27506, en los términos siguientes: “El canon minero está constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la actividad minera, por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos”.
2. Que, el Decreto Supremo N° 029-2004-EF, modificó el inciso a) del artículo 2° del Reglamento de la Ley de Canon, Decreto Supremo 005-2002-EF. Esta modificación es a todas luces manifiestamente violatoria de la Ley N° 28077, al disponer que el canon minero solo está constituido por el 50% (cincuenta por

ciento) del Impuesto a la Renta que obtiene el Estado y que pagan los titulares de la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos. Por tanto el cuestionado Decreto Supremo no toma en cuenta lo dispuesto por la Ley de la materia, en cuanto lo que el canon está compuesto por el 50% no sólo del Impuesto a la Renta, sino por el total de los ingresos y rentas.

**III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:**

Constitución Política del Perú.- artículo 200° inciso 5) prescribe que la Acción Popular procede por infracción de la Constitución y de la Ley, contra los reglamentos, normas administrativas, y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen.

Código Procesal Constitucional.- Art. 84° y pertinentes; en cuanto establecen la legitimación, la competencia, requisitos de la demanda, etc.

**IV. MEDIOS PROBATORIOS**

1. Copia simple de la Ley N° 28077, que modifica diversos artículos de la Ley de Canon N° 27506.
2. Copia simple del Decreto Supremo N° 029-2004-ET, que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley de Canon Decreto Supremo N° 005-2002-EF.

**V. ANEXOS**

- 1A. Copia simple de D.N.I del demandante.
- 1B. Copia simple de la Ley N° 28077, que modifica diversos artículos de la Ley de Canon N° 27506.
- 1C. Copia simple del Decreto Supremo N° 029-2004-ET, que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley de Canon Decreto Supremo N° 005-2002-EF.

**POR LO EXPUESTO:**

De conformidad con lo prescrito por el artículo 51° de la Constitución, consagratorio de la Supremacía Constitucional y de la prevalencia de la Ley sobre las normas de inferior jerarquía; solicito a usted, admitir la

presente acción; tramitarla conforme a su naturaleza y en su oportunidad declarar la fundada.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.

## Capítulo IV

### **PROCESO COMPETENCIAL**

#### **1. ANTECEDENTES**

- Este proceso constitucional tiene su origen en Europa, en atención al alto nivel de descentralización territorial que caracterizó a ciertos países europeos, las experiencias más notables se han producido en países como: Alemania, Italia y España. “Este tipo de problemas –que con mayor rigor técnico se entiende como la asignación de competencias– no son nuevos a nivel mundial: en Europa, ya hacia finales del siglo diecinueve, y de la mano de la instauración de Estados federales y con un alto nivel de descentralización territorial cercano al federalismo comenzarán aparecer algunas controversias sobre cuáles son las competencias correspondientes a la federación y cuáles corresponden a los que, sin entrar en detalles de denominación, genéricamente podemos llamar Estados Federados”<sup>59</sup>. En el sistema Americano, no existe propiamente una institución de esta naturaleza, sin embargo la resolución material del conflicto se le atribuye al Poder Judicial mediante los procesos ordinarios. En Alemania, la Constitución de Weimar de 1919 consideró esta figura con la creación del Tribunal de Conflictos de los Estados.
- Como tal en Estados de estructura federal, como los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, México, Venezuela y Brasil el conflicto de competencia se desarrolla dentro del sistema de control difuso a nivel de la Corte Suprema.

59. ESPINOZA, Eloy – SALDAÑA BARRERA; “El Tratamiento que le depara el Nuevo Código Procesal Constitucional a los Procesos Competenciales”; en Introducción a los Procesos Constitucionales; Ob. Cit., p. 272.



- En el Perú los antecedentes de resolución de conflictos entre órganos del Estado por competencias aparecen en el artículo 150 de la Constitución de 1920: “corresponde a la Corte Suprema resolver las competencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo y los Concejos Provinciales en el ejercicio de sus funciones autónomas”. Y en la Constitución de 1933, Artículo 154° inciso 13. Atribuciones del Presidente: “Resolver los conflictos que se produzcan entre los Consejos Departamentales”.
- En el debate de la Constitución de 1979, se propugnó un esquema descentralista, que con el desarrollo legislativo de la pretendida regionalización, suscitó insoslayables conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales.
- La Ley de Bases de la Regionalización N° 24650, en el artículo 71 prescribía: “Los conflictos entre un gobierno regional y un gobierno local, entre gobiernos regionales, y entre un gobierno regional y el gobierno central son resueltos por la Corte Suprema”.

## 2. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

“Los conflictos constitucionales constituyen el tercer gran bloque de competencias de la Jurisdicción constitucional. La competencia de ésta se justifica, como ha notado la doctrina alemana, en la consideración de que todo conflicto entre órganos constitucionales es, por sí mismo, un conflicto constitucional que pone en cuestión el sistema organizativo que la Constitución, como una de sus funciones básicas, ha establecido”<sup>60</sup>.

Es el Proceso Constitucional que permite solucionar los conflictos que se produzcan entre los poderes del Estado, organismos constitucionales, gobiernos regionales o municipales, por intromisión en la competencia o atribuciones de cualquiera de ellos sobre otro, atribuciones que se encuentran delimitadas por la Constitución y las Leyes Orgánicas para cada ente. (Art. 109° del Código Procesal Constitucional).

“La expresión competencial o conflictos de competencia se utiliza cuando se trata de gobiernos locales y regionales; en cambio el término atribución o conflicto de atribuciones. Se aplica cuando se refiere a los poderes y órganos constitucionales del Estado”<sup>61</sup>.

60. FERNÁNDEZ SEGADO, Ob. Cit., p. 1120.

61. ABAD YUPANQUI, Samuel; Ob. Cit., p. 176

Esta atribución del Tribunal Constitucional permite garantizar la división de funciones, y tiene un importante desarrollo en los Estados Unidos, donde se distinguen los conflictos jurisdiccionales y territoriales. Los conflictos jurisdiccionales son conocidos en la doctrina procesal y se presentan cuando dos o más autoridades judiciales se consideran competentes o incompetentes para conocer un asunto determinado generando una contienda o conflicto.

Lo que se busca evitar son los vicios de competencia o atribuciones que se pueden producir entre poderes con órganos constitucionales del Estado, lo que pondría en cuestión, el sistema organizativo de la Constitución.

Los conflictos constitucionales se caracterizan por tener dos elementos:

- **Elemento Subjetivo:** Los sujetos deben tener jerarquía constitucional, por tanto deben ser creados y reconocidos por la Constitución. El conflicto puede producirse por acción u omisión.
- **Elemento Objetivo:** Surge por la aplicación o interpretación de normas constitucionales relativas a la distribución de competencias o atribuciones.

Así se tiene, a modo de ejemplo, que el expediente N° 004-2004-CC/TC. Lima, versa sobre el conflicto de competencia interpuesto por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, respecto de competencias presupuestarias contenidas en el “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005”.

## 3. FINALIDAD

César Landa, señala que protege fundamentalmente dos principios:

- Separación de poderes y de organismos constitucionales (división horizontal)
- La redistribución territorial del poder (división vertical)<sup>62</sup>.

Este autor refiere que “La Constitución peruana no es particularmente precisa en lo relativo a la asignación de atribuciones, pudiendo generar así conflictos por vacíos normativos”<sup>63</sup>. Por lo demás todo no puede estar

62. LANDA ARROYO, César, “Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Lima Perú, Palestra Editores S.R.L., 2003, p. 152

63. LANDAARROYO, César; Ob. Cit., p. 154

previsto en detalle, o no todos se encuentran dispuestos a ceñirse al margen de atribuciones que les confiere la Constitución<sup>64</sup>.

Conforme lo expresado por el Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad Distrital de Pachacámac (Exp. N° 013-2003-CC/TC) el proceso competencial cuenta con una “doble finalidad”; por un lado pronunciarse “sobre la titularidad de una competencia” y por otro definir “la legitimidad de determinada decisión (contenida en alguna disposición, acto o resolución), emitida con vicio de incompetencia”

#### 4. CLASES DE CONFLICTO DE COMPETENCIA

Siguiendo la clasificación desarrollada por Víctor Julio Ortecho Villena,<sup>65</sup> podemos establecer la siguiente:

- **Con relación a los órganos implicados:**
  - **Conflictos intraorgánicos:** Son aquellos que se producen entre dependencias pertenecientes a un mismo organismo. Se puede presentar conflictos entre entidades superiores (Ministerio) inferiores (Dirección). Por lo general, estos enfrentamientos no son competencia de la jurisdicción constitucional. Se solucionan conforme con los cánones reglamentarios de la vía administrativa, respectiva.
  - **Conflictos extraorgánicos:** son los enfrentamientos entre los Poderes del Estado, entre cualquiera de éstos y los órganos descentralizados o de éstos entre sí y entre cualquiera de los anteriores y los órganos constitucionales autónomos o de estos últimos entre sí. Su solución está en la vía jurisdiccional constitucional.
- **Con relación a la actitud asumida por los protagonistas de los conflictos:**
  - Por adoptar decisiones (Por acción Art. 110° del Código Procesal Constitucional). Aquí un organismo público invade el ámbito de competencias o atribuciones que la constitución y leyes orgánicas le tienen conferido a otro organismo.

64. Cfr. ESPINOZA, Eloy – SALDAÑA BARRERA; “El Tratamiento que le depara el Nuevo Código Procesal Constitucional a los Procesos Competenciales”; en Introducción a los Procesos Constitucionales; Ob. Cit., p. 272.

65. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; Ob. Cit., p. 191.

- Por rehuir sus atribuciones (Por omisión Art. 110° del Código Procesal Constitucional). “El organismo rehúye hacer uso de la competencia o atribución que le corresponde, no obstante que otro organismo constitucional se lo reclama o sobre todo cuando una persona particular se lo solicita y el organismo implicado señala que no le corresponde y que tal petición o reclamación debe ser resuelto por otro organismo”<sup>66</sup>.

- **Con relación al nivel de atribuciones implicadas:**

- **Conflictos que versan al nivel de atribuciones señaladas por la Constitución.** Siendo que los conflictos de atribuciones se producen entre los poderes y órganos constitucionales del Estado. Puede presentarse el conflicto, “para el caso, por ejemplo de que el Poder Legislativo apruebe una ley para interferir la labor jurisdiccional del Poder Judicial; tal es el caso de una Ley de Amnistía que suspenden el enjuiciamiento o sanción a autores de delitos que no tienen la calidad de políticos”<sup>67</sup>.

El Poder Ejecutivo en algunas oportunidades, interfiere en las atribuciones del Poder Judicial, sean de tipo jurisdiccional o las de tipo orgánico; en este último caso, al separar indebidamente a magistrados, con el pretexto de una supuesta “reforma del Poder Judicial”.

- **Conflictos que versan sobre atribuciones señaladas en la ley.** Las competencias o atribuciones son asignadas por la Constitución y las Leyes Orgánicas. Por tanto el conflicto competencial solo será tal cuando se refiera a competencias asignadas en leyes orgánicas, más no las asignadas por las leyes ordinarias.
- **Conflictos que se suscitan con motivo de disposición impugnada pendiente.** Para el caso que se promueva un conflicto constitucional contra una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Juez o Tribunal. Este podrá, a solicitud del demandante, suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional. (Art. 111° del Código Procesal Constitucional).

66. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; “Procesos Constitucionales y su Jurisdicción”, Lima Perú, Editorial Rodhas, 2005, p. 193.

67. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio; Ob. Cit., p. 193.

## 5. SUJETOS DEL CONFLICTO

El conflicto puede producirse (Art. 109° del Código Procesal Constitucional y que opongán:

- Dos poderes del Estado.
- Los poderes del Estado y otros órganos constitucionales,
- Los poderes del Estado y los gobiernos regionales o municipales,
- Los Órganos Constitucionales,
- Los gobiernos regionales,
- Los gobiernos regionales y municipales, y
- Los gobiernos municipales.

## 6. OBJETO DEL CONFLICTO

- El ámbito territorial del ejercicio de la competencia o atribución.
- La materia normativa. (Art. 110 del Código Procesal Constitucional).

## 7. COMPETENCIA

El órgano competente para conocer el proceso competencial, es el Tribunal Constitucional. (Artículo 202° de la Constitución y artículo 109 del Código Procesal Constitucional).

## 8. FORMAS DEL CONFLICTO

- **Positivo:** Cuando dos o más entidades constitucionales se disputan entre sí una competencia o atribución constitucional. En este supuesto el Tribunal Constitucional debe encargarse de definir quién es el titular de la competencia o atribución en controversia, y los efectos serán la anulación de los actos y relaciones jurídicas que ilegítimamente se hubieran producido. (Art. 110° del Código Procesal Constitucional).
- **Negativo:** Cuando dos o más entidades constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas. (Art. 110° y 113° del Código Procesal Constitucional). Se distingue del proceso de cumplimiento, porque

en el proceso constitucional los sujetos constitucionales se declaran incompetentes para asumir un mandato constitucional y no legal o administrativo.

## 9. FORMA DE EXPRESIÓN DEL CONFLICTO

Si el conflicto versa sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de Ley, el Tribunal declara que la vía adecuada para cuestionar la Ley que genera el conflicto es el proceso de inconstitucionalidad (Art. 110° del Código Procesal Constitucional)

## 10. EL CONFLICTO DE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El Tribunal Constitucional es el único órgano competente para conocer este tipo de conflicto (artículo 202° de la Constitución y artículo 109 del Código Procesal Constitucional). En la doctrina se reconoce que los conflictos constitucionales constituyen el tercer bloque de competencia de la jurisdicción constitucional, es natural y legítima la competencia del Tribunal Constitucional para resolver este tipo de procesos, en razón de que afectan la esencia de la Constitución<sup>68</sup>.

En ningún caso se puede promover contienda de competencia ante el Tribunal Constitucional, respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y su Ley Orgánica. El Tribunal aprecia de oficio su falta de competencia o de atribuciones (Art. 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301).

### 10.1. PROCEDIMIENTO

Conforme con lo prescrito por el Art. 112° del Código Procesal Constitucional, el procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las normas que regulan el proceso de inconstitucionalidad. Se entiende, también, que el proceso competencial pasa por las etapas de demanda, admisión, alegatos, vista de causa y sentencia.

68. FERNANDEZ SEGADO; Ob. Cit., p. 1121

## 10.2. TITULARES EN EL PROCESO DE CONFLICTO DE COMPETENCIA

### • LEGITIMACIÓN ACTIVA

- Los titulares de los Poderes del Estado, de los órganos constitucionales autónomos, y de los gobiernos regionales y locales. Cuando el órgano en conflicto es colegiado, el acuerdo de demandar debe ser adoptado por el respectivo pleno. (Art. 109° del Código Procesal Constitucional). Cualquier otro órgano que no cuenta con reconocimiento o rango constitucional carece de legitimidad activa para interponer un proceso competencial.

### • LEGITIMACIÓN PASIVA

La Ley no lo establece, pero se entiende que será demandado el poder u órgano del Estado que pretende ejercer o ejerce la competencia o atribución materia del conflicto o que niega su actuación alegando que corresponde a otro poder; órgano o entidad estatal

## 10.3. REQUISITOS DE LA DEMANDA

1. Datos de identidad de las personas o representantes de los órganos que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
2. La indicación de la competencia afectada y la forma cómo la otra entidad invade o rehúsa la competencia de aquélla, en forma precisa.
3. Los fundamentos de hecho y derecho que la sustentan y la relación numerada de los documentos que se acompañan.
4. La designación de apoderado si lo hubiere, y de los sustitutos.

## 10.4. ACTUACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO

Las partes pueden actuar directamente o mediante apoderado, atendiendo a que las normas del proceso de inconstitucionalidad son de aplicación supletoria al presente.

## 10.5. FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA PEDIR INFORMACIÓN

El Tribunal está facultado para solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe resolver dentro de los 60 días hábiles desde que se interpuso la demanda (Art. 112° del Código Procesal Constitucional)

## 10.6. ETAPAS DEL PROCESO DE CONFLICTO DE COMPETENCIA

- **Etapa postulatoria o expositiva.** Se inicia con la presentación de la demanda que contiene la pretensión del conflicto de competencia.
- **Etapa probatoria.** En este proceso no existe etapa probatoria, pues se trata de un proceso de puro derecho al confrontarse la decisión del ente agresor con la competencia del órgano agredido, es decir, se compara las competencias que les están asignadas por sus Leyes Orgánicas y en la Constitución.
- **Etapa conclusiva.** Se realizan los alegatos y conclusiones sobre todo lo actuado en el proceso.
- **Etapa resolutive.** Expedición de la sentencia por el Tribunal Constitucional, en citación a su competencia exclusiva para este proceso.
- **Etapa de ejecución.** Cumplimiento de la sentencia constitucional por todos; no hay etapa impugnatoria.

## 10.7. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El Tribunal debe expedir sentencia dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda (Art. 112° del Código procesal Constitucional).

- **En caso de conflicto positivo.** La sentencia determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. También resuelve, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos (Art. 113° del Código Procesal Constitucional)
- **En caso de conflicto negativo.** Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias y atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercitarse (Art. 113° del Código Procesal Constitucional).

### 10.8. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Conforme con lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final del Código Procesal Constitucional. La sentencia recaída en el proceso competencial se publica en el diario oficial “El Peruano”.

### 10.9. MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO COMPETENCIAL

A tenor de lo prescrito por el Art. 111° del Código Procesal Constitucional, el demandante puede solicitar al Tribunal Constitucional la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

## 11. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

### PROCESO COMPETENCIAL

#### COMENTARIO

La presente sentencia fue expedida en el marco del Proceso Competencial, interpuesto por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), contra el Poder Judicial; respecto de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas; por presunta afectación de las atribuciones del Poder Ejecutivo reconocidas por la Constitución en el artículo 118 inciso 1 y 9.

El Tribunal Constitucional en un fallo, no exento de controversia, sostuvo que: “ ... así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo –motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan–, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo ...”.

En tal sentido declaró FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, por menoscabo de las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo por el artículo 118 inciso 1 y 9 de la Constitución; y adicionalmente, declaró NULAS un paquete de resoluciones judiciales expedidas por Órganos Jurisdiccionales –en opinión del Tribunal Constitucional– con contravención a la Constitución, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional.

#### SENTENCIA

#### DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 12 de febrero de 2007

#### PROCESO COMPETENCIAL

**Poder Ejecutivo (demandante) c. Poder Judicial (demandado)**

#### SÍNTESIS

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo), representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

**EXP. N° 0006-2006-PC/TC**  
**LIMA**  
**PODER EJECUTIVO**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 13 días del mes de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia con el fundamento del Magistrado Bardelli Lartirigoyen.

**I. ASUNTO**

Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, representado por la Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de los procesos judiciales relacionados con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas, contra el Poder Judicial.

**II. ANTECEDENTES**

**Demanda**

Con fecha 13 de octubre de 2006, Patricia del Carmen Velasco Sáenz, Procuradora Pública *Ad Hoc* a cargo de la representación del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en los procesos judiciales relacionados con casinos de juego y máquinas tragamonedas, interpone demanda de conflicto de competencias contra el Poder Judicial por considerar que, en sede judicial, se vienen afectando las esferas de competencia del Poder Ejecutivo; concretamente, el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución; así como el artículo 121° y 128° de la Constitución<sup>[1]</sup>. En consecuencia solicita: (1) que se determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; (2) que se declare la nulidad de lo siguiente:

- Resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el Decreto Supremo N° 04-94-MITINCI modificado por el Decreto Supremo N° 04-97-MITINCI, y las resoluciones judiciales recaídas en procesos de cumplimiento que ordenan al Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) abstenerse de restringir o modificar la situación de las empresas que se dedican a la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N° 27153 con anterioridad a la publicación de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable el texto de la Ley N° 27153 con posterioridad a la publicación de la sentencia emitida del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0009-2001-AI/TC.
- Sentencias recaídas en procesos de amparo que declaran inaplicable la Ley 27796, norma que modificó la Ley N° 27153.
- Todos aquellos supuestos que, sin haber sido contemplados en esta relación, originen conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR).

**Fundamentos de la demanda:** La demandante alega:

- Que, después de la promulgación de la legislación que regula la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, ciertos grupos empresariales recurrieron al Poder Judicial con el objeto de sustraerse de los alcances de dicha regulación, principalmente mediante la interposición de procesos constitucionales de amparo.

- Que, al respecto, pueden identificarse dos escenarios; el primero de ellos está determinado por la vigencia de la Ley N° 27153 y la declaración de inconstitucionalidad de sus artículos 38° y 39°, así como de sus primeras y segundas disposiciones transitorias, estando las demás disposiciones de la Ley conformes a la Constitución. El segundo tiene lugar desde la vigencia del texto que modifica la Ley N° 27153 –Ley N° 27796– y se caracteriza por la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en procesos de amparo, la misma que se orienta a convalidar el régimen tributario y administrativo de las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas (Expedientes. N.° 4227-2005-PA/TC, N° 9165-2005-PA/TC, N° 1882-2004-AA/TC, N° 0681-2004-AA/TC, N° 1594-2004-AA/TC, entre otros).
- Que, en consecuencia, pese a que las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas son constitucionales, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo se ha visto imposibilitado de ejecutarlas debido a que un importante número de operadores de dicha actividad cuenta con sentencias favorables emitidas por el Poder Judicial, que pese a ser contrarias a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional, han adquirido la calidad de cosa juzgada.
- Que la Ley N° 27153 –modificada por la Ley N° 27796–, Ley de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, confiere a la Dirección Nacional de Turismo facultades para autorizar, fiscalizar, supervisar, evaluar y sancionar actividades vinculadas a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Ello, en virtud de que dicha actividad económica se permite excepcionalmente, como parte de la actividad turística en nuestro país; siendo el MINCETUR el sector competente para llevar a cabo funciones de administración, fiscalización y sanción en dicha materia.
- Y que, no obstante, el Poder Judicial viene otorgando licencias de funcionamiento a través de sus sentencias, pese a que ello implica dejar sin efecto normas convalidadas por el Tribunal Constitucional e, incluso, han implementado plazos de adecuación distintos a los que la ley confiere. A ello se suma que algunos funcionarios del Poder Ejecutivo han sido denunciados por operadores informales, bajo el argumento de

que cuentan con sentencias favorables; sin embargo, dichas sentencias fueron emitidas sobre la base de normas que en la actualidad han perdido vigencia y nuestro ordenamiento no contempla la aplicación ultractiva de las normas.

### **Contestación de la demanda**

Con fecha 30 de enero de 2007, el Presidente del Poder Judicial se apersona al proceso, contesta la demanda y solicita que sea desestimada, por los siguientes fundamentos:

- Que, de conformidad con lo establecido en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y las sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, en el presente caso no se configura un supuesto de conflicto de competencias, pues de la revisión de la demanda se desprende que lo que se pretende en este proceso es que se lleve a cabo una nueva revisión de sentencias judiciales que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que son, por tanto, inmodificables, irrevisables y de obligatorio cumplimiento.
- Que dichas resoluciones fueron emitidas en el marco de procesos judiciales en los cuales el MINCETUR pudo ejercer plenamente su derecho de defensa; y, en todo caso, aun en el supuesto de que algunos jueces hubiesen fallado en un sentido distinto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello configuraría un error de juzgamiento, pasible de ser cuestionado a través de los medios impugnatorios regulados en cada tipo de proceso y no mediante un proceso competencial.
- Que no se ha arrogado indebidamente facultades; por el contrario, el Poder Judicial se ha limitado a ejercer legítimamente el ejercicio de sus atribuciones constitucionales de controlar jurídicamente los actos de gobierno (artículos 148° y 200°, inciso 2 de la Constitución), sin pretender, en ningún momento, asumir la facultad de otorgar licencias de funcionamiento, puesto que resulta evidente que dicha atribución le corresponde al Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad administrativa.
- Que el MINCETUR atribuye al Poder Judicial haberse arrogado competencias que al primero no le han sido atribuidas ni por la Constitución ni por las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, sino por la Ley N° 27153, norma que no forma parte del bloque de constitucionalidad según los

criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, con lo cual se incumple lo establecido por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional.

- Y, finalmente, que la independencia de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional no solo constituye una garantía de los ciudadanos, sino también un derecho que la Constitución le reconoce expresamente a cada magistrado (artículo 139°, inciso 2), derecho que se pretende infringir mediante el proceso constitucional incoado.

### III. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

El Tribunal Constitucional estima que, para la resolución de la presente controversia, será necesario responder las siguientes cuestiones de relevancia constitucional:

- 1) ¿El ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales?
- 2) ¿Cuál es la competencia o atribución del Poder Ejecutivo afectada ilegítimamente por el Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional?

### IV. FUNDAMENTOS

#### §1. *Delimitación del petitorio de la demanda*

1. Del análisis de la demanda y de los demás actuados se aprecia que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la presunta afectación de las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo por los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución<sup>[2]</sup>, y, como consecuencia, (1) determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; y (2) declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.
2. No obstante, antes de resolver la cuestión de fondo, este Colegiado considera conveniente, en primer lugar, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado; y, en segundo lugar, realizar algunas consideraciones de relevancia constitucional.

#### §2. *Sobre las excepciones propuestas por el demandado*

3. El demandado, en la vista de la causa, ha propuesto las siguientes excepciones: 1) de representación defectuosa y 2) de litispendencia.

Respecto a la primera, alega que el demandante no ha cumplido con adjuntar el informe técnico legal que sustente la procedencia de la demanda, tal como lo establece el artículo 1° del Decreto Supremo 060-2006-PCM<sup>[3]</sup>. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento, por cuanto el hecho de que no se haya acompañado el informe técnico legal a la demanda no implica que se haya incumplido con lo establecido en dicho dispositivo legal; por el contrario, se aprecia claramente del Oficio N° 424-2006-SCM-PR<sup>[4]</sup>, de fecha 3 de octubre de 2006, que, antes de interponer la presente demanda, se han emitido los informes técnicos respectivos.

4. Respecto a la segunda, el demandado sostiene que existen, por lo menos, dos procesos constitucionales de amparo pendientes de resolver en los cuales ambos poderes del Estado son parte y por tanto con el mismo interés en el objeto respecto de la pretensión. Sobre este argumento el Tribunal Constitucional tampoco aviene con el demandado. No debe perderse de vista, como ya lo ha dicho este Colegiado<sup>[5]</sup> que si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y del proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales. De ahí que se haya señalado que la estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas, por parte del Tribunal Constitucional a efectos de la realización de los fines de los procesos constitucionales: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).
5. Precisamente sobre la base de esta especificidad del Derecho Procesal Constitucional es pertinente precisar que el competencial es un proceso constitucional autónomo respecto de otros procesos judiciales



o constitucionales y, a diferencia del proceso de amparo, está orientado predominantemente a la tutela del orden constitucional objetivo, el cual se asienta en los principios de redistribución territorial del poder –*división vertical*– y en el de separación tanto de poderes como de órganos constitucionales –*división horizontal*–, sin que ello implique omitir la presencia de la dimensión subjetiva. Condicionar la resolución del presente proceso competencial a lo que se resuelva en los procesos de amparo a los que hace referencia el demandado, implicaría que este Colegiado abdique de su función de ser el órgano encargado del control constitucional, según establece el artículo 201° de la Constitución y, en particular, de la tutela de los fines de los procesos constitucionales previstos en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Dilucidadas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional ingresará al fondo de la controversia.

### §3. *Presupuestos del proceso competencial*

6. En sentencia anterior<sup>[6]</sup> el Tribunal Constitucional ha señalado que, para que se verifique la presencia de un conflicto de competencias o de atribuciones, debe concurrir un elemento subjetivo y otro objetivo. Así, se ha señalado que el elemento subjetivo implica que los sujetos involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para obrar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado y gobiernos locales o regionales por expresa disposición hoy del Art. 109 del Código Procesal Constitucional. Es decir, se trata de un caso de legitimidad especial.
7. Mientras que, de acuerdo al elemento objetivo, la materia del conflicto debe tener una dimensión constitucional, es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o, *prima facie*, de las leyes orgánicas respectivas, quedando, de este modo, fuera de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea porque no existe coincidencia de sujetos o porque se advierte falta de materia constitucional. Se reconoce, así, una reserva de jurisdicción constitucional de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.
8. En el caso, de autos el elemento subjetivo se configura plenamente pues se trata de dos Poderes del Estado cuya legitimación para actuar dentro de un proceso competencial viene reconocida directamente

por la Constitución (artículo 200°, inciso 3) y por el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, según el cual

“(…) el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)”.

9. En lo que toca al elemento objetivo, el demandante señala que las atribuciones afectadas por el Poder Judicial son las previstas en los artículos 118°, incisos 1 y 9, y 121° y 128° de la Constitución. Frente a tal aserto, el demandado estima que no existe un conflicto de naturaleza constitucional por dos razones: 1) porque es evidente que las atribuciones previstas a favor del Poder Ejecutivo en las disposiciones constitucionales antes mencionadas no precisan ser reconocidas a través de un proceso competencial; 2) porque el supuesto conflicto se daría en virtud a una ley ordinaria y no a una de naturaleza constitucional o ley orgánica.
10. El Tribunal Constitucional disiente de las afirmaciones del demandado. De primera intención debe recalcar que la jurisprudencia de este Colegiado distingue entre conflicto constitucional de competencias y conflicto constitucional de atribuciones. Así, mientras el primero está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización), el segundo tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales<sup>[7]</sup>.
11. La comprobación de la presencia del elemento objetivo en el proceso competencial, si bien tiene como punto de partida lo que las partes del proceso señalan, le corresponde al Tribunal Constitucional dada su condición de instancia suprema y única de resolución de los conflictos constitucionales de competencias y de conflictos constitucionales de atribuciones. Por ello si bien el demandante hace mención a las atribuciones del MINCETUR previstas en las Leyes 27153 y 27796, que regulan la explotación de los Juegos de Casino y

Máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional aprecia que, en estricto, el conflicto constitucional gira en torno a las atribuciones previstas en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

#### §4. **Atribuciones constitucionales y ejercicio de la función jurisdiccional**

- 12 La determinación de los elementos objetivo y subjetivo en el presente proceso competencial no significa, de por sí, que exista una afectación de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo por el citado artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución. Necesario es, primero, determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo –más específicamente, del MINCETUR-.
- 13 En cuanto a lo primero cabe señalar que la Constitución prevé que “la potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (artículo 138° de la Constitución). Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 45° de la Norma Suprema; y ello es así porque uno de los principios fundantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquél según el cual el poder del Estado emana del Pueblo, aunque es bueno siempre reiterar que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.
- 14 La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo –salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152° de la Constitución)–. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y pleno respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.
- 15 Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43° de la

Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado.

- 16 En tal línea puede predicarse entonces que así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo –motivo por el cual puede oponer su reserva de ley a los actos administrativos y resoluciones judiciales que la invadan–, por igual razón la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y a los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. Esto, como es evidente, no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia, lo que se configura también como una reserva jurisdiccional inmune a los actos políticos; esta indemnidad, no obstante, no ocurre frente a la jurisdicción constitucional, a tenor del artículo 202°, inciso 3 de la Constitución, pues ella es la encargada de examinar los conflictos de competencia y atribuciones, a fin de que no se produzcan superposiciones o menoscabos de las atribuciones constitucionales entre los poderes del Estado.
- 17 En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha distinguido, hasta ahora, tres clases de conflictos de competencias. Mientras el conflicto constitucional *positivo* se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional, el conflicto constitucional *negativo* se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.
18. Junto a ellos se ha advertido también el *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado

u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro <sup>[8]</sup>.

19. Esta reseña no agota el catálogo de las formas en las que puede manifestarse un conflicto constitucional. En efecto, más allá de lo previsto en el artículo 110° del Código Procesal Constitucional, en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado <sup>[9]</sup>.
20. En este tipo de conflicto podemos encontrar que en el ejercicio de su función jurisdiccional el Poder Judicial afecte las atribuciones que la Constitución reconoce a otros poderes del Estado u órganos constitucionales. Tal situación ha sido también prevista en la doctrina, precisándose que serían competencia de la *Corte* aquellos conflictos relativos a atribuciones jurisdiccionales, producidos cuando un poder del Estado considera que un órgano jurisdiccional pretende definir una relación de la que se deriva una lesión a su esfera de atribuciones. En ese sentido, estaría incluida no sólo la casación y la magistratura ordinaria, sino también las jurisdicciones especiales <sup>[10]</sup>.

Sería así en el supuesto que el Poder Judicial pretendiese perturbar la facultad del Congreso de la República de indagar, a través de las comisiones de investigación o de cualquier otra comisión dotada de tal facultad, de acuerdo con el artículo 97° y 139° inciso 2 de la Constitución, o también si interfiriese en las atribuciones que la Constitución (artículo 118°) le reconoce al Poder Ejecutivo.

21. En estos casos, es evidente que el conflicto de atribuciones no se configura como una disputa por una competencia o atribución entre poderes del Estado u órganos constitucionales –*conflicto constitucional positivo*–, como una negativa a asumir competencias o atribuciones –*conflicto constitucional negativo*–, o como un *conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*; antes bien, “el conflicto de

atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete” <sup>[11]</sup>.

22. Se trata aquí de un tipo de conflicto que se ha venido a denominar como *conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales*. Puede este clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*; b) conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*. En el conflicto constitucional por menoscabo en *sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

En el conflicto constitucional por menoscabo de *interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por menoscabo de *omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

23. Es por ello, que el Tribunal Constitucional precisa, a través de la presente sentencia, que también cabe hablar, dentro de los tipos de conflictos de competencia y de atribuciones, *de un conflicto constitucional por menoscabo*, según el cual, junto a la configuración subjetiva se añade otra, objetiva, más amplia, que atañe no sólo a la titularidad o pertenencia de la competencia, sino al modo como, sustancial y procesalmente, ésta se ejerce. En tal supuesto, lo que es materia de controversia es el hecho de cómo una atribución -cuya titularidad no se discute- está siendo ejercitada; siempre que en la ilegítima modalidad del ejercicio pueda ser derivada, una lesión del ámbito de las atribuciones constitucionales ajenas, un impedimento o un menoscabo, tal como también lo reconoce la doctrina constitucional atinente <sup>[12]</sup>.

### §5. Análisis del caso concreto

24. Habiéndose determinado, en abstracto, la posibilidad de que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial genere un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones, corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial, en el presente caso, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo previstas en el artículo 118°, inciso 1 y 9 de la Constitución?
25. Al respecto, el demandante sostiene que el Poder Judicial, a través de sus diferentes instancias, viene adoptando decisiones que afectan las esferas de las competencias y atribuciones del Poder Ejecutivo, específicamente del MINCETUR<sup>[13]</sup>. Por su parte, el demandado afirma que no ha adoptado decisiones que lesionen las atribuciones del MINCETUR, que su actuación ha sido la de dar solución a un conflicto intersubjetivo suscitado en cada caso particular, donde el MINCETUR salió desfavorecido, lo cual en modo alguno puede afectar sus competencias y atribuciones<sup>[14]</sup>.
26. A juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso se configura un *conflicto de atribuciones por menoscabo*, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118°, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118°, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de amparo y de cumplimiento, tal como consta en autos de fojas 27 a 302.
27. En el presente caso, dada la peculiar configuración de este tipo de conflicto, no cabe recurrir al *test de la competencia*, pues no está en juego la determinación de la titularidad de atribuciones de un poder u órgano constitucional del Estado. En todo caso, el principio de jerarquía (de las sentencias del Tribunal Constitucional con respecto a las resoluciones del Poder Judicial en materia de los procesos constitucionales) es el que se muestra como el más idóneo para determinar la legitimidad de los actos jurisdiccionales que estarían menoscabando algunas de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo.
28. Esto, conviene enfatizar, no convierte al Tribunal Constitucional en parte en el presente proceso constitucional, ni tampoco comporta la

sustitución de las facultades y deberes que, como parte legitimada, le corresponden al Poder Ejecutivo. La consideración de las sentencias y de los precedentes vinculantes como parámetro de legitimidad y validez constitucionales de las resoluciones del Poder Judicial, por tanto, no compromete ni pone en cuestión la imparcialidad e independencia de este Colegiado, ni tampoco su condición de instancia única y suprema de resolución de los procesos de conflicto de competencias o de atribuciones, tal como dispone el artículo 202°, inciso 3 de la Constitución.

#### 5.1. Afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes

29. Es cierto, como ya se ha señalado *supra*, que la Constitución (artículo 138°) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional. Pero no se puede negar que dicho ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido. Dicho esto cabe precisar que el Congreso de la República había dictado la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.
30. Esta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad<sup>[15]</sup>. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38°, inciso 1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1° de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones. Esta sentencia, posteriormente, mereció la intervención del legislador a través de la Ley 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada.
31. El Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, estableció un precedente vinculante<sup>[16]</sup>, cuyo tenor es el siguiente:
 

al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, 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 prescrita 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.
32. Siendo así, al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificada por la Ley 27796. Es verdad que la Constitución ha establecido que *todos* tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38°), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional.
33. La potestad del Poder Ejecutivo de exigir el cumplimiento de la ley antes mencionada es indiscutible, no solo porque tal atribución le viene dada, inequívocamente, por la Constitución, sino también porque la comentada es una norma vinculada con aspectos tributarios cuyo ámbito de regulación desborda el plano de mera legalidad y repercute en diversos aspectos fijados por el orden constitucional, tales como la salud pública, la moral y la seguridad pública. En efecto, la finalidad de la Ley 27153 (artículo 1°) es “regular la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de proteger a la ciudadanía de posibles perjuicios o daños que afecten la moral, la salud y seguridad pública; así como promover el turismo receptivo; y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas”.
34. Esta atribución constitucional del Poder Ejecutivo se ve reforzada por la propia Ley 27153, modificada por la Ley 27796, la cual prevé que su cumplimiento se encarga (artículo 24°) a la Dirección Nacional de Turismo –entidad adscrita al MINCETUR y, finalmente, al Poder Ejecutivo–, previsión que se despliega en las facultades de autorizar, fiscalizar, supervisar e imponer sanciones en el ámbito de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas. De ahí

que la estimación, ilegítima, de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, comporta un menoscabo de la atribución del Poder Ejecutivo para cumplir y hacer cumplir las leyes que la Constitución le reconoce.

### **5.2. La afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales**

35. En cuanto a la atribución constitucional de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, tal como expresamente lo prevé el artículo 118°, inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, esta atribución, al igual que la prevista en el artículo 118°, inciso 1, se ha visto menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.
36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201°) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202°), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.
37. Particularmente, las sentencias que recaen en los procesos de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Por ello, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución. Tal como lo ha establecido este Colegiado en resolución anterior, la Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de “partícipes” en la

interpretación del texto *supra*. La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad <sup>[17]</sup>.

38. De otro lado, el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la *función pacificadora y ordenadora* del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, considerando su posición de instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, son irrecurribles en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205° de la Constitución Política del Perú y, en ese sentido, deben ser actuadas en sus propios términos por todos los poderes públicos y, singularmente, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas <sup>[18]</sup> (*subrayado agregado*).
39. Debe puntualizarse, asimismo, que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos*. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204°), que señala que «la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación dicha norma queda sin efecto». y con el artículo 82° del Código Procesal Constitucional, que dispone que “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos”.
40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es

no solo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones *-ratio decidendi-*. Ya en sentencia anterior, el Tribunal ha señalado que las sentencias no solo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como “supremo intérprete de la Constitución” (art. 1° de la LOTC), son precisamente las “interpretaciones” que se ubican en la parte de la justificación del fallo. Como se ha observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada *ratio decidendi* -o “hilo lógico” del razonamiento de los jueces- , que comprende en los sistemas del *common law* tanto el principio de derecho como el hecho relevante considerado por el Juez (*holding*), como también las denominadas *obiter dicta* o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento (obiter dicta)* <sup>[19]</sup>.

41. Es necesario precisar, por ello, que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al *decisum* o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos *-ratio decidendi-* que constituyen su fundamentación <sup>[20]</sup>. Y es que, a diferencia de los *obiter dicta* -que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios-, la *ratio decidendi* constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima <sup>[21]</sup>.
42. Es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que:
- (...) Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

De igual modo, el artículo VII precisa que:

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

43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no solo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.
44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía<sup>[22]</sup>. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.
45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no solo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.
46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues

ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138° de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto (...) <sup>[23]</sup>.

47. De ahí que sean necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de *última ratio* de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución.
48. De otro lado, en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la sentencia 4227-2005-AA/TC, es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118°, inciso 1. En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria.
49. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como lo señala en el propio precedente, ya había advertido que 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 <sup>[24]</sup> (*subrayado agregado*).

50. Por eso mismo dispuso que tal sentencia, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 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. 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 (*subrayado agregado*).
51. No se niega, como ya se señaló, que los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Pero su actuación será constitucional solo si respetan las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales. Más aún, en las relaciones entre El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto a aquél, por hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento (artículo 200°, inciso 2 de la Constitución) e instancia única en el proceso de inconstitucionalidad y en el proceso competencial.

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201°), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo. De ahí que (...) puesto que prácticamente toda cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada de alguna manera al Tribunal Constitucional (...) su interpretación tiene, como consecuencia de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los órganos del Estado, tribunales y poderes públicos (...) una importancia extraordinaria. Los Tribunales Constitucionales deciden sobre el derecho constitucional de manera vinculante en última instancia y por tanto con autoridad. Esto es diferente en estados sin justicia constitucional. En estos la clarificación determinante de las normas constitucionales es practicada por otros órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado) <sup>[25]</sup>.

Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un juez, si es leal a la Constitución y a la ley, jamás puede ir en contra de los valores democráticos y del respeto de la Constitución y de su interpretación.

53. El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006 <sup>[26]</sup>, en la cual se dispuso que:

todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N° 4227-2005-AA/TC (...)

Aunque, poco después el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un Comunicado de fecha 4 de abril de 2006, que por cierto no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales, pretendió desconocer los efectos normativos de dicho precedente (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), recurriendo a una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial (artículo 146°, inciso 1 de la Constitución).



54. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte del Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas *supra*, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118°, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones.

#### **§6. Los efectos de la sentencia del presente proceso competencial**

55. La primera cuestión que se debe precisar es que, como se ha visto, el de autos no es un conflicto de atribuciones constitucionales positivo, negativo o de omisión en cumplimiento de acto obligatorio. Además de la vinculación a los poderes públicos y efectos *erga omnes*, para el primer caso, el Código Procesal Constitucional (artículo 113°) prevé que la sentencia

(...) determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos (*subrayado agregado*).

56. Para el supuesto de los conflictos de competencias o atribuciones negativas, el mismo dispositivo establece que la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

De lo cual se concluye que, normalmente, la sentencia sobre el fondo que pone fin al proceso competencial tiene como fin principal determinar la titularidad de las competencias o atribuciones que correspondan a un determinado poder del Estado u órgano constitucional, seguido, algunas veces, de la anulación de los actos viciados de incompetencia que se hayan dictado.

57. Sin embargo, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones constitucionales por menoscabo; por ende, es necesario que este Tribunal determine los efectos de éste conflicto. La doctrina

señala que esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emanó el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aun teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad <sup>[27]</sup> (*subrayado agregado*).

58. Es evidente, entonces, que la sentencia en este caso no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo las sentencias del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, y que causan un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. En esta forma de decisión, los efectos de la sentencia trascienden a las partes legitimadas en el proceso competencial.

59. Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>[28]</sup>, el cual establece que “cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

60. Este vicio de ilegitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son solo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado:

(...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera solo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204° de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional

(...)

Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente <sup>[29]</sup>.

61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado <sup>[30]</sup>. Y ello es así porque la norma fundante básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen <sup>[31]</sup>.
62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, *prima facie*, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas *supra*.
63. Por ende, en aplicación del artículo 113° del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de

incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118°, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.

#### **§7. Sobre las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas y otros**

64. La Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas, con fecha 2 de noviembre de 2006, Sun Inversiones S.A.C., con fecha 16 de noviembre de 2006, así como Los Faraones S.A.C., Import & Export Golden S.A.C., Exactum Game S.A.C., Abraxsa S.A.C., Sagitario S.A.C., El AZ Ganador S.A.C., Apex Corporation S.A.C., de fecha 2 de noviembre de 2006, presentaron solicitudes a fin de que el Tribunal Constitucional permita su intervención en este proceso.
65. Debe precisarse al respecto que, si bien el proceso competencial, como todo proceso constitucional, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva, es evidente que, principalmente, está vinculado a la garantía del orden objetivo constitucional; además, el Tribunal Constitucional resuelve, en este tipo de conflictos de atribuciones por menoscabo, más que por lo que puedan argumentar las partes o los que quisieran intervenir en el proceso, por el contraste del acto o disposición con el conjunto del ordenamiento constitucional.
66. Debe puntualizarse que en el proceso competencial se resuelven las controversias jurídicas de los sujetos legitimados por la Constitución (artículo 202°, inciso 3) y el Código Procesal Constitucional (artículo 109°). Ciertamente, sus efectos -como todo acto legislativo, judicial o administrativo- pueden incidir, directa o indirectamente, sobre la esfera jurídica de terceros, pero no puede decirse que de ahí se derive, necesariamente, una afectación del derecho al debido proceso; más aún si se considera que los derechos fundamentales no son absolutos, sino susceptibles de afectaciones legítimas por parte del Estado.
67. No obstante ello, mediante decreto de fecha 1 de enero de 2007, este Tribunal ha dispuesto que se tenga en consideración, en lo que sea constitucionalmente relevante, para la resolución de la presente controversia constitucional, las apreciaciones de los solicitantes. Siendo ello así, de los escritos presentados se puede extraer que la cuestión esencial que se plantea es que se estaría afectando, en caso

se declare fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, la garantía de la cosa juzgada reconocida por el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución <sup>[32]</sup>.

### §8. **Sobre la cosa juzgada constitucional**

68. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento de los solicitantes. En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de *cosa juzgada*, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201°), y que, en determinados procesos constitucionales - hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento-, es instancia final de fallo (artículo 202°, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros -proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial- es instancia única (artículo 202° inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la LOTC).
69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.
70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, es la *cosa juzgada constitucional*, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado

el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

71. Bajo estas consideraciones, es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138°, incisos 2 y 3 de la Constitución, respectivamente. Y es que de la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales.

### §9. **Sobre la Ley N° 28945**

72. Con fecha 24 de diciembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley N° 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la Actividad de Explotación de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas; el artículo 2° de la Ley mencionada establece que
- “También podrán acogerse al procedimiento de reordenamiento y formalización previsto en el presente artículo, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, vienen explotando salas de juego de máquinas tragamonedas con Autorización Expresa otorgada por la Dirección Nacional de Turismo en cumplimiento de un mandato judicial. Igualmente, las empresas que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, han venido explotando salas de juego de máquinas tragamonedas en virtud de acuerdos privados celebrados con titulares de sentencias o resoluciones judiciales que restringieron el ejercicio de las facultades de autorización, fiscalización y sanción de la Dirección Nacional de Turismo”.

73. Sobre esto es necesario reiterar que el ocio que promueve a través 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 <sup>[33]</sup>.
74. En ese sentido, si bien tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo han considerado necesario dictar una normativa que permita la formalización y regularización de las empresas que se dedican a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, el Tribunal Constitucional estima que, en ningún caso, las resoluciones judiciales antes mencionadas pueden dar lugar a la exoneración o incumplimiento de los requisitos legales establecidos para dicha actividad. En todo caso, es legítimo que la autoridad correspondiente exija el pleno acatamiento de tales requisitos y, en los casos que corresponda, que aplique las sanciones administrativas y medidas correctivas previstas en las leyes correspondientes.
75. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional estima pertinente recordar que, de acuerdo con el artículo 47° de la Constitución, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos, los que deben actuar con la responsabilidad y diligencia debida a fin de resguardar el cabal cumplimiento del orden público constitucional. Del mismo modo, recomienda que el Poder Ejecutivo, en general, y la procuraduría pública del MINCETUR, en particular, realicen todos los actos necesarios que coadyuven al cumplimiento efectivo del mandato constitucional reconocido en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución.

## V. FALLO

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

### HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°,

incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, **NULAS** las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 24 de enero de 2003, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de declaración de certidumbre (Exp. N° 066-2002) seguido por Sociedad Exportadora Santa Isabel S.A.C., Harumi Company S.A.C., Sun Nippon Company S.A.C., Pacific Entertainments S.A.C., Famh E.I.R.L, Inversiones CMM S.A.C. y MCM Recreativos S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Primera Sala Mixta de Junín, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, y fue elevada en casación, siendo declarada improcedente por la Sala Civil Suprema mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2005; por conceder, a favor de las empresas demandantes, plazos irrazonables y manifiestamente excesivos de adecuación a la Ley 27153 (entre 15 y 20 años); apartándose de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 009-2001-AI/TC, en el extremo en que este Tribunal se pronunció sobre la necesidad de establecer un **plazo razonable** de adecuación, acorde con el principio de proporcionalidad (fundamento 17).
- La resolución de fecha 18 de junio de 2006, emitida por Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, en el proceso de amparo (Exp. N° 125-2004) seguido por Vaclau S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo; por otorgar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N° 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamentos 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.

- La resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emitida por el Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N° 804-2004) seguido por la Empresa Raymi & Games S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Civil de Cajamarca, mediante sentencia de fecha 6 de julio de 2005; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 13 de mayo de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, en el proceso de amparo (Exp. N° 018-2004) seguido por Inversiones Malok S.A.C., Driza Holding S.A.C., Corporación Kodra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Maynas, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2005; por contradecir lo dispuesto en el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, esto es, que los requisitos previstos en la Ley 27153 no afectan el derecho a la libre iniciativa privada ni el principio de igualdad.
- La resolución de fecha 9 de diciembre de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N° 149-2005) seguido por J.W. Corporation S.A.C., JD General Investment S.A., Merchant Investment Corporation, Red One S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 8 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 30 de enero de 2006, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N° 180-2005) seguido por Inversiones Andean del Centro S.A.C., Slots Zeta Games S.A.C., Slots Omega Investments S.A.C., Recreativos Slots del Pacífico S.A.C., La Máquina de la Suerte Investment S.A.C., Juego y Aventura Real S.A.C., Inversiones Palacio del Juego S.A.C., International Juegos Huari S.A.C., Gaming Services Investment, Corporation Machines & Entertainment S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 5 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de noviembre de 2004, emitida por el Juzgado Mixto de Casma, en el proceso de amparo (Exp. N° 364-2004) seguido por Z & Z Intersect S.A., contra el Ministerio de

- Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2005; por disponer aplicar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 31 de agosto de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N° 097-2005) seguido por Camacho Games S.R.L., Saltadistas de la Suerte S.A.C., Machines Los Antes Slots S.A.C., Juegos Slots Multinacionales S.A.C., Sun Inversiones S.A.C., Metropolis Games S.A.C., Andean Slots S.A.C., Diversiones JR. S.A.C., Mak's International S.R.L. y Mundo Electrónico S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4, 5 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 22 de agosto de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Yanahuanca-Cerro de Pasco, en el proceso de amparo (Exp. N° 014-2005) seguido por Mex Lim S.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 2 de setiembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, en el proceso de amparo (Exp. N° 043-2005) seguido por Estrella de la Suerte S.A.C., Inversiones Balora S.A.C., Inversiones Bambamarca S.A.C. y Juegos y Diversiones Las Tullpas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de mayo de 2006, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N° 275-2006) seguido por la Empresa Los Faraones S.A.C. y Willians Gaming S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC y el FJ 40 de la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional.
- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/

TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de amparo (Exp. N° 408-1997) seguido por Compañía Hotelera Lima S.A., Compañía Hotelera Talara S.A., Consorcio de Inversiones Santa Fe S.A., Corporación Aventura S.A., Crystal Palace S.A., Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A., Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., Fantasy Club del Perú S.A., Flamingo Games S.A., Inversiones Las Vegas S.A., Inversiones Hobby S.A., Inversiones Yeniva S.A., La Silueta S.A., Machine Games S.A., Poker S.R.L., Promotora El Dorado S.R.L, Suttner & Visher S.A., The Palace Fortune S.A., Tourist Investment S.A. y Xanthus S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de cumplimiento (Exp. N° 1265-1997) seguido por Corporación de Inversiones Santa Fe S.A., La Silueta S.A., Textilco S.A., Diversiones y Entretenimiento del Perú S.A., Fantasy Club del Perú S.A., y Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Andahuaylas, en el proceso de amparo (Exp. N° 0302-2001) seguido por el Consorcio de Inversiones Cathay S.A., Recreativos Fargo S.A., Balshem Gaming S.A. y Zlata Actividades Recreativas S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.
- La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N° 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A.

contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.

- La resolución de fecha 17 de enero de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Tingo María, en el proceso de amparo (Exp. N° 174-2004) seguida por Siglo XXI S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Huánuco, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2005.
- La resolución de fecha 24 de febrero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Moquegua, en el proceso de amparo (Exp. N° 060-2005) seguido por Magic Center S.C.R.L. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- La resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N° 585-2005) seguido por Apex Corporation S.A.C. y 9 Reynas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

- 
- [1] Fojas 14 del expediente.
- [2] Fojas 14 de la demanda.
- [3] Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de setiembre de 2006.
- [4] Fojas 25 del expediente.
- [5] STC 4903-2005-PHC/TC (fundamento 3)
- [6] STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).
- [7] STC 0013-2003-CC/TC (fundamento 10).
- [8] STC 0005-2005-CC/TC (fundamento 23).
- [9] TRUJILLO RINCÓN, María. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1995. p. 156.
- [10] TRUJILLO RINCÓN, María. *Op. cit.* p. 162.
- [11] GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 148.
- [12] “A questa configurazione soggettiva se ne è tuttavia aggiunta una oggettiva, più ampia, riguardante non la spettanza della competenza ma il modo di esercizio (sostanziale o procedurale) di essa. In tal caso, ciò che è controverso é *come* un potere –della cui titolarità non si discute– viene esercitato, sempre che dall’illegittima modalità di esercizio possa essere derivata una lesione dell’ambito delle altrui attribuzioni costituzionali, un impedimento, una menomazione (...)”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, Nuova edizione, 1988. p. 339.
- [13] Fojas 1 del expediente.
- [14] Fojas 650 del expediente.
- [15] STC 009-2001-AI/TC.
- [16] STC 4227-2005-AA/TC (fundamentos 43 y 44).
- [17] STC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (fundamento 23).
- [18] STC 0003-2005-AI/TC (fundamento 3).
- [19] Por todos, STC 4119-2005-PA/TC (fundamento 12); también STC 0024-2003/AI/TC.
- [20] STC 6167-2005-PHC/TC (fundamento 2)
- [21] STC 0012-2005-PI/TC (fundamento 4).
- [22] STC 0002-2005-PI/TC (fundamento 36).
- [23] STC 0019-2005-AI/TC (fundamento 66)
- [24] STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 42 ).

- [25] STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 289.
- [26] Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006.
- [27] GÓMEZ MONTORO, Ángel. *Op. cit.* p. 449.
- [28] Escrito del demandante de fecha 9 de febrero de 2007.
- [29] STC 0047-2005-PI/TC (fundamentos 33-34).
- [30] STC 3741-2004-AA/TC (fundamento 42).
- [31] KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México D.F. UNAM, traducción de segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, 1982. p. 214.
- [32] Fojas 313, 403 y 769.
- [33] STC 4227-2005-AA/TC (fundamento 40).
-

**PROCESO COMPETENCIAL****COMENTARIO**

Esta sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el marco del Conflicto de Competencia interpuesto por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, por presunta invasión de las competencias en materia presupuestaria, al presentar el “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República, en un monto menor al total que presentó el Poder Judicial conforme se lo confiere el artículo 145° de la Constitución. El Tribunal Constitucional, luego del análisis correspondiente, en una sentencia que sentó como base la autoridad de este organismo constitucional; sobre, incluso, poderes del Estado. Falló declarando FUNDADA la demanda, en el extremo de la competencia que confiere el artículo 145 de la Constitución al Poder Judicial, en cuanto, le corresponde presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste lo modifique en su posterior sustentación ante el Congreso de la República. Asimismo, Exhortó al Poder Legislativo para que formule mecanismos de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, respecto de la formulación del Presupuesto de éste último, en atención al artículo 145 de la Constitución concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78 de la Carta Magna.

**Expediente N° 004-2004-CC/TC**

**LIMA**

**PODER JUDICIAL**

**SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 31 días del mes de diciembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirioyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda

**ASUNTO**

Demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 20 de octubre de 2004, el Poder Judicial interpone demanda de conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste ha invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145° de la Constitución.

Manifiesta que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con fecha 15 de julio de 2004, aprobó el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para el año Fiscal 2005 con dos componentes: a) el presupuesto realizado según las especificaciones de la Directiva N° 011-2004-EF/76.01, por 638.595.000.00 nuevos soles; y b) una demanda adicional de recursos financieros necesarios para atender otros gastos institucionales, ascendentes a la suma de 354,407.826 nuevos soles; que, con fecha 28 de agosto de 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial confirmó la aprobación del referido presupuesto, que ascendió a 993,002.826 nuevos soles; y que, el 27 de agosto de 2004, el Poder Judicial solicitó al Presidente del Consejo de Ministros que remita dicho presupuesto al Congreso de la República.

Asimismo refiere que, el 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” (P/L N° 11290/2004-PE), en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió no incluir el proyecto presentado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reemplazándolo por un proyecto distinto, ascendente a 645,306.905.00 nuevos soles.

Por otro lado, argumenta que el artículo 145° de la Constitución Política vigente estipula que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y sustentarlo ante el Congreso de la República; que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite; y que la cuestionable atribución de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que el Poder Judicial tenga que sustentar ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.



Añade que, por obra de la sustitución realizada por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial se encuentra impedido de ejercer su competencia constitucional consistente en sustentar ante el Congreso de la República su proyecto de presupuesto que asciende a la suma de 993,002,826 nuevos soles. Del mismo modo, expresa que, a diferencia de lo establecido por los artículos 160°, 162° y 176° de la Constitución, el Poder Judicial no se encuentra obligado a sustentar su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo; y que la invasión de la competencia del Poder Judicial significa un agravio a la independencia del Poder Judicial por parte de otro Poder del Estado.

En atención a las consideraciones expuestas, el Poder Judicial solicita al Tribunal Constitucional lo siguiente: a) que reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo; b) que reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo; c) que determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial; d) que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial consignada en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República; y e) que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió éste al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

Por su parte, el Poder Ejecutivo contesta la demanda expresando que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial, ya que la propuesta del Poder Judicial para que el proyecto de su presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso, no fue acogido en la Constitución de 1993. Sostiene que en ningún momento del debate en las sesiones plenarias del Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones.

Afirma que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002, el Poder Judicial insiste nuevamente con la propuesta de que su proyecto de presupuesto sea incorporado en sus propios términos en el proyecto de

presupuesto del sector público; que la propuesta de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) es bastante semejante a las propuestas presentadas por el Poder Judicial en 1993 y en el año 2002; que estas propuestas, todas similares, prueban que las mismas no fueron recogidas en la Constitución de 1993; y que la actual inexistencia de tal intangibilidad prueba que la Constitución de 1993 no obliga al Poder Ejecutivo a incluir, en sus propios términos, el proyecto de presupuesto del Poder Judicial en el Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público.

Afirma que el Poder Judicial hace una interpretación aislada del artículo 145° de la Constitución, ya que toma en cuenta los artículos 77°, 78° y 80° de la misma; que estas normas establecen que corresponde al Presidente de la República enviar al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto, al Ministro de Economía y Finanzas sustentar el pliego de ingresos, que el Presupuesto asigna equitativamente los fondos públicos, y que su programación y ejecución se sujeta a criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Argumenta, asimismo, que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público; y que las razones de tal afirmación no solo se amparan en fundamentos históricos, como por ejemplo que las Constituciones de 1823, 1828, 1920 y 1979 le confieran tal primacía en materia presupuestaria, sino porque el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado que utiliza el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y el equilibrio presupuestario.

Del mismo modo, manifiesta que la exclusividad de que goza en la programación y formulación del presupuesto responde a fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana, expresados en los siguientes principios reconocidos en la Constitución; administración común de recursos públicos y anualidad (artículo 77°); anticipación (artículo 80°); competencia (artículo 102° inciso 4 y 108° inciso 17); equilibrio presupuestal (artículo 78° tercer párrafo); especificación (artículo 79°); especialidad temática (artículo 74° tercer párrafo); justicia presupuestaria (artículo 77 segundo párrafo); progresividad de exigencias onerosas (undécima disposición final y transitoria); unidad (artículos 77° y 192°); reserva de deuda pública especial (artículo 78°); y garantía de pago de deuda externa regular (artículo 75° y 78°); y que, asimismo, dicha

exclusividad se basa en normas legales vigentes. Por tanto, afirma, de la lectura integral y no aislada de los artículos citados se puede colegir que recae en el Poder Ejecutivo la responsabilidad constitucional de presentar el presupuesto al Congreso de la República, a efectos de que éste se encuentre equilibrado.

Por otro lado, alega que la demanda pretende cuestionar un proyecto de ley, situación no prevista por nuestro sistema constitucional, ya que no existe norma alguna que consagre procesos constitucionales dirigidos a proyectos de leyes; y que en un conflicto de competencias no cabe cuestionar una norma o proyecto con rango de ley, ni mucho menos declarar la nulidad de una parte de esta norma, como pretende el demandante.

Por las consideraciones expuestas, el Poder Ejecutivo solicita que el Tribunal Constitucional declare: a) que el Poder Ejecutivo es competente para presentar ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público, empleando en su elaboración criterios de sostenibilidad y coherencia en el gasto público; b) que el Poder Judicial es competente para elaborar su proyecto de presupuesto y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación en la Ley Anual de Presupuesto; y c) que no existe conflicto alguno de competencia debido a que el Poder Ejecutivo ha respetado el marco constitucional y la legislación vigente que, sobre materia presupuestaria, se encuentra vigente.

## **FUNDAMENTOS**

1. De manera previa al análisis de fondo sobre el conflicto de competencia que ahora toca resolver, este Colegiado considera conveniente fijar su posición acerca de cuatro temas relevantes en materia constitucional y que se derivan del caso. A saber, la tipología y los efectos de la Jurisprudencia Constitucional, la naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto, los principios constitucionales en materia presupuestaria y las características del presupuesto.

### **I. La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional**

2. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación; la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas, veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

- a) Las sentencias de especie se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.
- b) Las sentencias de principio son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los Exps. N° 0008-2003-AI/TC y N° 018-2003-AI/TC, que llamaremos “Instructivas”, y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

### **A. Las sentencias estimativas**

3. **Las sentencias estimativas** son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

#### **3.1. Las sentencias de simple anulación**

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La

estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

### **3.2 Las sentencias interpretativas propiamente dichas**

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

### **3.3. Las sentencias interpretativas- manipulativas (normativas)**

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley,

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto del mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en

determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

- El principio de conservación de la Ley mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.  
  
Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.
- El principio de interpretación desde la constitución. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo en tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

**3.3.1 Las sentencias reductoras:** Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

**3.3.2 Las sentencias aditivas:** Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En este contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En pluralidad, se expiden para contemplar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consiguieron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto que ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensachando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecta el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

**3.3.3 Las sentencias sustitutivas:** Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsando del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley, cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañados y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

**3.3.4 Las sentencias exhortativas:** Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad

constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

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

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriores descritas, no tienen efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda

corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso, constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados N° 001/003-2003-AI/TC. en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 27755; o la sentencia del Expediente N° 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102°, inciso 7 de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de Tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura.

**3.3.5 Las sentencias estipulativas:** Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

## **B. Las sentencias desestimativas**

**4 Las sentencias desestimativas** son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

**4.1 La desestimación por rechazo simple:** En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

**4.2 La desestimación por sentido interpretativo:** (Interpretación estrictu sensu). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto supra. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente.

## II. La naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto

**5** La Ley Anual de Presupuesto es el instrumento legal mediante el cual el sector público periódicamente programa sus actividades y proyectos en atención a sus metas y objetivos. En ese sentido, tal como lo establece el artículo 77° de la Constitución, la administración, la economía y finanzas del Estado se rige por la Ley de Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República. En contraposición a las prácticas de las monarquías absolutistas en donde existía la política de perpetuidad de las contribuciones, pues se tenía garantizada la obtención de fondos sin tener que renovar las convocatorias a los entes de naturaleza parlamentaria de la época, la adopción estatalista de las ideas liberales en el siglo XIX origina la imposición de un régimen de temporalidad de los fondos y la previa aprobación democrática del gasto.

**6** Al respecto, José Roberto Droml [*Constitución, Gobierno y control; En Presupuesto y cuenta de inversión, instrumentos de gobierno y control*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pág. 200] expresa que; “el presupuesto es una manifestación más del control jurídico-político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, como corolario del sometimiento de la actividad financiera del Estado al imperio de la

ley, propio de todo Estado de Derecho, y como expresión de la Teoría de la separación de poderes”. Por su parte, Licciardo Cayetano, (*La función del presupuesto en el Estado Moderno*, Argentina, Departamento de Ciencias Económicas, Jurídicas y Social de la Universidad de Salta, 1980, pág. 103] expone que: el presupuesto es una institución fundamental para la forma republicana de gobierno, porque nace junto con el derecho del pueblo a saber lo que el gobierno hace”.

**7** En esa perspectiva, los fines de la actividad presupuestal pueden resumirse en los cuatro siguientes:

- a) Facilitar el conocimiento y control político-parlamentario del programa económico del Ejecutivo.
- b) Coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República.
- c) Prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.
- d) Interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común.

**8** Consideramos que el Presupuesto como institución básica del derecho público, debe entenderse a la luz de las cuatro perspectivas siguientes:

### 8.1 Perspectiva política

El presupuesto es un instrumento clave en el desenvolvimiento de las funciones de gobierno y control. En el ámbito gubernativo expresa la decisión legislativa relativa al financiamiento de la orientación de la política económica y la aprobación del programa detallado de la ejecución o realización de obras, servicios y cometidos (actividades) estatales. En suma, como bien advierte Domingo García Belaúnde Saldías (*El Derecho Presupuestario en el Perú*. Lima: Luis Alfredo Ediciones, 1998, pág. 115): “El presupuesto es una herramienta de acción política”.

En el ámbito contralor expresa una autorización legislativa limitativa del Ejecutivo que facilita la fiscalización del Legislativo y de la Contraloría General de la República, relativa a la ejecución de la política económica y, particularmente, de la habilitación de las competencias para la realización de los gastos e inversiones públicas.

Dicha acción contralora se presenta de manera dual precautoriamente, mediante la autorización del gasto vía la aprobación de la Ley Anual de Presupuesto, y ulteriormente mediante el examen de la Cuenta General de la República.

### **8.2 Perspectiva económica**

El presupuesto es un instrumento insoslayable para la aplicación de la política económica. En efecto, como exponen Ricardo Cibelti y Enrique Sierra [*El Sector público en la planificación del desarrollo*. México: Siglo XXI, 1976, pág. 232] su existencia prevé y guía la conducta de los agentes económicos.

### **8.3 Perspectiva administrativa**

El presupuesto es concurrente, ab initio, un instrumento contable de previsión y, ex post, un texto confrontativo que establece un balance de resultados de la gestión gubernamental durante un determinado lapso.

### **8.4 Perspectiva jurídica**

El presupuesto emana de un acto legislativo que otorga eficacia y valor jurídico a la política económica. El presupuesto surge de la acción parlamentaria en una ley con trámite diferenciado, debido a su naturaleza especial y a la importancia que tiene por ser además de tener una vigencia limitada y predeterminada con una función específica y constitucionalmente diferida. Dado su carácter jurídico, se presenta, como la condición legal necesaria para que el Ejecutivo ejerza algunas de sus competencias.

En suma, el presupuesto se configura como una ley en su cabal sentido, ya que, a pesar de provenir de una iniciativa ajena al Parlamento, éste, después de la correspondiente discusión, puede modificar total o parcialmente el proyecto presentado por el Ejecutivo.

Restringiendo la temática presupuestal a lo político y jurídico, cabe señalar que la decisión parlamentaria es simultáneamente de previsión y autorización.

Será previsional cuando se enumeran los ingresos fiscales del Estado y valoren comparativamente con los gastos fiscales a realizarse dentro del periodo presupuestal.

Será autoritativa cuando fija al alcance de las competencias del Ejecutivo en materia económico-administrativa de acuerdo a tres

factores; el temporal (anualidad), el cualitativo (especificidad y finalidad de la materia presupuestal) y el cuantitativo (monto máximo a gastar).

## **III. Los principios constitucionales presupuestarios**

### **9 La actividad presupuestal se rige por los once principios siguientes:**

#### **9.1 Principio de legalidad**

Previsto en el artículo 78° de la Constitución, que establece una reserva de ley respecto al instrumento normativo viabilizador de su vigencia; ello implica que solo mediante un dispositivo de dicho rango se deberá aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal.

Este principio dispone, adicionalmente, que la elaboración y aprobación del presupuesto está condicionado a requisitos de forma y tiempo que no pueden ser inobservados.

#### **9.2 Principio de competencia**

Previsto en los artículos 76°, 79°, 80°, 160° y 162° de la Constitución, y en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 28301, que delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto.

Juan Carlos Morón Urbina (Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. En Themis, N° 39, PUCP, 1999, pág. 157) acota que dicho principio: “constituye la división formal de atribuciones excluyentes en aspectos presupuestales (...)”.

#### **9.3 Principio de justicia presupuestaria**

Contemplado en los artículos 16° y 77° de la Constitución, que establece que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal.

#### 9.4 Principio de equilibrio financiero

Previsto en el artículo 78° de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.

#### 9.5 Principio de unidad

Previsto en el artículo 77° de la Constitución, que establece que el presupuesto debe incluir la totalidad de los recursos y gastos considerados para un ejercicio presupuestal dentro de un solo y único texto normativo.

Maurice Duverger (*Hacienda Pública*, Barcelona, Bosch, 1968, págs. 227-228), expone que dicho principio descansa en dos razones fundamentales: la financiera y la política. La primera consiste en percibir el presupuesto como una regla de orden y claridad que traduzca un genuino y auténtico estado de la situación financiera del país; y, por ende que refleje la realidad de la obtención de los recursos públicos y su aplicación o gasto. De allí que se prescribe la multiplicación de los presupuestos y las cuentas singulares, ya que impediría tener una visión global más clara de los ingresos y gastos públicos. La razón política consiste en señalar que la unidad acrecienta la eficacia y la eficacia para el control que sobre el parlamento ejerce la Contraloría General de la República.

#### 9.6 Principio de exactitud

Previsto en el artículo 77° de la Constitución, y que impone consignar la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración.

#### 9.7 Principio de anticipación

Previsto en los artículos 78 y 80 de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.

#### 9.8 Principio de anualidad

Previsto en el artículo 77° de la Constitución, y por el cual la ejecución presupuestal debe realizarse dentro de un plazo preciso, determinado y extinguido de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. Domingo García Belaúnde Saldías (ob. Cit. 142) expresa que “La Ley de Presupuesto tiene como carácter distintivo de otras normas su vigencia determinada (...). Así, para el principio de anualidad, se entiende que el presupuesto prevé los recursos y los gastos de un año, a cuyo término la ley pierde su vigencia”. Dicho plazo se justifica porque las situaciones financieras son variables en el tiempo.

#### 9.9 Principio de programación

Previsto en el artículo 77° de la Constitución, que señala la obligatoriedad de la determinación de las metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Dicho principio supone la necesidad de exponer las políticas de acción gubernamental que deberán ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos.

#### 9.10 Principio de estructuración

Previsto en el artículo 77° de la Constitución, que establece que la configuración de la Ley del Presupuesto se sujeta a dos ámbitos: el gobierno central y las instancias descentralizadas que comprenden el universo de órganos y organismos dotados de autonomía (Banco Central de Reserva, Tribunal Constitucional, etc.)

#### 9.11 Principio de no afectación

Previsto en el artículo 79° de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tomando indistinguible el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos. La verificación práctica para dicho principio comporta el impedimento de que determinados ingresos fiscales sean empleados para cubrir gastos específicos.



Al respecto, Maurice Duverger [ob. Cit., pág. 88] comenta que: “(...) la no afectación impide las relaciones jurídicas entre ingresos y gastos”. Por excepción, dicho principio puede ser inaplicable cuando exista una solicitud del Poder Ejecutivo, a fin de que el Congreso apruebe un tributo con un fin predeterminado.

#### IV. Características del presupuesto

**10** Finalmente, debe considerarse que entre las principales características que presenta la Ley General de Presupuesto, se cuentan las siguientes:

- a) Es un acto de previsión y ordenamiento, destinado a regular la función administrativa y financiera del Estado.
- b) Es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial,
- c) Tiene un plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público (un año).
- d) La existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, existen medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida.
- e) La programación y ejecución es concordante con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización.

#### V. Análisis del caso concreto

**11** En relación al petitorio de la presente acción, los demandantes han solicitado en el presente conflicto de competencia lo siguiente:

- 1) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo.
- 2) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo.
- 3) Que se determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial.

- 4) Que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.
- 5) Que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitada, se ordene la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

**12** Como lo señalamos en nuestra resolución del 10 de noviembre de 2004, recaída en la solicitud de medida cautelar presentada por el Poder Judicial en el presente proceso, la contienda de competencia planteada por el Poder Judicial ingresó al Tribunal Constitucional en la tarde del jueves 21 de octubre de 2004 y fue admitida a trámite el 25 del mes y año, comisionándose traslado al Presidente del Consejo de Ministros, para su respectiva contestación, por el plazo legal de treinta días hábiles que vencía en fecha posterior a la de remisión de la autógrafa de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005 al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 80° de la Constitución, esto es, el 30 de noviembre de 2004. Por tanto, la demanda se presentó cuando el trámite para la aprobación de la referida Ley de Presupuesto había comenzado. Del mismo modo, la contestación de la demanda se efectuó el 9 de diciembre del 2004, cuando dicho proyecto de ley ya había sido aprobado y su autógrafa había sido remitida al Presidente de la República, para su promulgación. El 21 de diciembre del 2004, mediante la Ley N° 28427, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2005.

**13** Por tanto, respecto de los últimos puntos del petitorio –señalados en los literales d) y e) del Fundamento N° 11, supra– ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, el hecho de que se haya aprobado la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2005, bajo el supuesto de que el Poder Ejecutivo fijó un tope para el Presupuesto del Poder Judicial, no impide que este Tribunal Constitucional conozca sobre el fondo del conflicto, porque la demanda del Poder Judicial cuestionada con carácter general la decisión del Poder Ejecutivo, durante los últimos años, de determinar el presupuesto del Poder Judicial que, en opinión del demandante, afecta la

competencia que le reconoce el artículo 145° de la Constitución para presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que este último lo modifique, y sustentarlo ante el Congreso de la República. En consecuencia, este Tribunal Constitucional solo se pronunciará sobre los tres primeros puntos del petitorio.

#### **VI. El artículo 145° de la Constitución y la competencia en controversia**

- 14** El artículo 145° de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.
- 15** El demandante alega que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite. Añadiendo que el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que, en su oportunidad, el Poder Judicial sustente ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.
- 16** Por su parte, el Poder Ejecutivo ha sostenido que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial. En consecuencia, niega que el artículo 145° de la Constitución consagre la competencia aducida por el Poder Judicial. Para fundamentar dicha tesis afirma que durante los últimos años el Poder Judicial ha tenido la aspiración de que su proyecto de presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso. Añade que en ningún momento del debate en el Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones, de manera que tal planteamiento no fue acogido en la Constitución de 1993.
- 17** Del mismo modo, sostiene que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002 el Poder Judicial insistió nuevamente con la propuesta de que su proyecto de presupuesto debía ser incorporado en sus propios términos en el proyecto de presupuesto del sector público; y que la misma propuesta fue presentada por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) en su proyecto de reforma constitucional relativo al Poder Judicial. Por ello, consideran que estos hechos prueban que: “La autonomía

presupuestaria del Poder Judicial” no fue recogida en la Constitución de 1993.

- 18** El Tribunal Constitucional no comparte la argumentación del Poder Ejecutivo. Y, es que, si bien el debate constituyente es una de las herramientas para la interpretación jurídica, pues permite conocer las diversas posiciones sobre un determinado tema y cuál fue la tesis que prevaleció, no es menos cierto que cuando una norma es aprobada y la Constitución no escapa a esta regla, dicha regla adquiere autonomía respecto de sus creadores y, por tanto conforme a ella, corresponde a los intérpretes determinar el alcance, contenido y perfil exacto de cada una de sus disposiciones.
- 19** Al respecto, este Colegiado ha sostenido que la: “(...) norma, es sabido, una vez promulgada y publicada, adquiere lo que se ha dado en llamar “vida propia”. Se desliga de la intención de su creador y adquiere vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir”. (Exp. N° 0002-2001-AI/TC, Fundamento N° 2). En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.
- 20** De otro lado, el demandante manifiesta que, a diferencia de lo estipulado en los artículos 160°, 162° y 178° de la Constitución, que disponen que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y el Jurado Nacional de Elecciones sustentan su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, el artículo 145° de la Constitución no impone tal condición al Poder Judicial. Sobre ello el Tribunal Constitucional considera que, en efecto, de las normas constitucionales citadas se advierte un trato distinto para el Poder Judicial.
- 21** Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advierte la incoherencia entre el artículo 80° de la Constitución y las disposiciones referidas en el Fundamento N° 20, supra; y además, la omisión de dicho artículo de consignar al Presidente del Tribunal Constitucional y al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que presiden órganos constitucionales autónomos, y que por ello sustentan sus respectivos presupuestos ante el Congreso solo por mandato legal. Consecuentemente, el fallo técnico constitucional debe también

precisar que en el texto del artículo 80° de la Constitución se enumere a los funcionarios que tienen atribución para sustentar sus presupuestos ante el Congreso de la República.

- 22** Por las consideraciones expuestas, es posible, a partir del artículo 145° de la Constitución, determinar si la Constitución consagra, o no, la competencia alegada a favor del Poder Judicial. Por tanto, ¿debe el Poder Ejecutivo respetar el presupuesto que le presenta el Poder Judicial, no modificarlo e incorporarlo al proyecto general del presupuesto del Estado y remitirlo al Congreso de la República para su discusión y aprobación final? Para responder ello es necesario efectuar un análisis sobre la participación que, según la Constitución, tienen los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto.

**VII. Los principios de separación y colaboración de poderes en la participación de los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto**

- 23** Conforme a los artículos 3° y 43° de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que: “la existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.” (Exp. N° 0023-2003/AI, Fundamento N° 5).
- 24** Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104° de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de

poderes cuando el artículo 129° de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto.

- 25** En efecto, el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley de Presupuesto está sujeto al siguiente trámite:
- 25.1. La remisión del proyecto de Ley de Presupuesto por el Presidente de la República al Congreso, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año, y que debe estar efectivamente equilibrado, conforme lo dispone el artículo 78° de la Constitución.
- 25.2. La elaboración del dictamen de la Comisión de Presupuesto del Congreso de la República que, previo análisis en sesiones públicas, es presentado al Pleno para su debate en el plazo previsto en el artículo 81°-c de su Reglamento.
- 25.3. La sustentación por el Ministro de Economía y Finanzas, ante el Pleno del Congreso, del pliego de ingresos y, por cada ministro, de los respectivos pliegos de egresos así como por el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, según el artículo 80 de la misma Carta; y por los otros titulares de pliegos en la forma prevista por otras disposiciones constitucionales y legales; en debate que se indica el 15 de noviembre.
- 25.4. La remisión de la autógrafa de la Ley de Presupuesto al Poder Ejecutivo hasta el 30 de Noviembre, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 80° de la propia Constitución.
- 26** Como puede advertirse, amparado en la colaboración de poderes es que se desarrolla el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Presupuesto. Al respecto comprobamos que, por un lado, la iniciativa legal corresponde al Poder Ejecutivo y al Ministro de Economía y Finanzas la sustentación ante el pleno del pleno de ingresos del presupuesto; y, por otro lado, que corresponde al Congreso de la República su aprobación.
- 27** Sin embargo, si bien el principio de colaboración de poderes está presente en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto, la

Constitución otorga preeminencia al Congreso de la República en esta materia. En efecto, este Tribunal debe destacar que, conforme al artículo 45° de la Constitución, el Poder emana del pueblo y, conforme al principio representativo consagrado en el artículo 43° de la misma norma, concordante con el artículo 77° y a los incisos 1) y 4) del artículo 102° de la Constitución, corresponde al Congreso de la República, salvo el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 80° de la Constitución. En consecuencia, es el Poder Legislativo, en representación del pueblo, quien tiene la última decisión, pues le corresponde determinar cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas que, en definitiva, son los recursos del pueblo.

- 28** Ahora bien, en lo que respecta al principio de separación de poderes, también presente en la elaboración de la Ley de Presupuesto, el artículo 94° de la Constitución dispone que el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Por tanto, además de la preeminencia que tiene el Congreso de la República en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto, por cuanto es el órgano que lo aprueba, la Constitución también le reconoce autonomía presupuestaria. Es decir, de los tres Poderes del Estado, en rigor, el único que goza de autonomía presupuestaria es el Congreso de la República, porque incluso el Poder Ejecutivo está sujeto a la decisión del legislativo.
- 29** Con relación al Poder Ejecutivo, el artículo 78° de la Constitución prescribe que el Presidente de la República detenta la iniciativa legislativa para los efectos de la aprobación de la Ley de Presupuesto. Por otro lado, en el supuesto de que la autógrafa de la Ley de Presupuesto no sea remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 80° de la Constitución. Asimismo, según el citado artículo, el Ministerio de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos.
- 30** Como puede observarse, de las normas citadas en el párrafo precedente, se concluye que el Poder Ejecutivo concentra importantes competencias relacionadas con la elaboración de la Ley de Presupuesto, que incluso pueden llegar al nivel del Congreso de la

República, pues, por mandato del artículo 80° de la Constitución, puede convertirse en legislador presupuestal. En tal sentido, estos dos Poderes del Estado son actores privilegiados para determinar el presupuesto del sector público, pero no son los únicos.

#### **VIII. La participación del Poder Judicial en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto**

- 31** El Poder Judicial, en el Estado peruano, administra justicia y cumple la función esencial de controlar el poder; es decir, fiscaliza al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución. Para poder cumplir con esta función, encomendada por la Constitución, es que el inciso 2) del artículo 139° de la Norma Suprema consagra el principio de independencia judicial frente a los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general. Al respecto, y en lo que toca al principio de separación de poderes y la función jurisdiccional, hemos establecido que dentro de: “(...) la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo” (Exp. N° 0023-2003/AI Fundamento N° 7). En esta oportunidad, este Colegiado añade que la función jurisdiccional también constituye una garantía contra las actuaciones arbitrarias de los particulares.
- 32** Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “(...) a efectos de precisar los alcances y contenidos del mandato constitucional que nos define como una República Democrática, este Tribunal considera que la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria no solo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional solo debe imperar el diálogo y los medios pacíficos para resolver los conflictos”. (Exp. N° 1027-2004AA/TC, Fundamento N° 13). Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales y ejercer el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.

- 33** En doctrina que este Colegiado hace suya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una de las características básicas de la sociedad democrática es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos (*mutalis mutandis*, Caso Piersack contra Bélgica, sentencia de 1 de octubre de 1982, Fundamento N° 30). En tal sentido, el Tribunal Constitucional remarca que otro de los elementos que, conforme al artículo 43° de la Constitución, nos configuran como una República Democrática, es la independencia judicial, necesaria para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales.
- 34** El Tribunal Constitucional considera que, teniendo en cuenta el diseño de las relaciones de los Poderes del Estado desarrolladas por la Constitución a partir del principio de separación de poderes, para que el Poder Judicial pueda cumplir adecuadamente con sus funciones básicas y las obligaciones que se derivan del artículo 139° de la Constitución de tal forma que el Estado peruano pueda configurar un sistema de justicia que garantice la vigencia de los derechos humanos y un adecuado servicio al usuario del sistema, y de este modo generar confianza necesaria de los ciudadanos en los Tribunales, es indispensable que se mantenga la independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado.
- 35** Dichos mandatos constitucionales determinan que el Poder Judicial también participe en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto. Para estos efectos, la Constitución establece, en el artículo 145°, que el Poder Judicial presente su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustente ante el Congreso de la República y, conforme al artículo 80° de la misma norma, que sea el Presidente de la Corte Suprema quien sustente el pliego correspondiente al Poder Judicial.
- 36** En torno a ello, el Poder Ejecutivo alega que la incorporación del proyecto del Poder Judicial en el proyecto general de presupuesto sin que el Ejecutivo lo modifique, vulneraría el principio de unidad presupuestal reconocido por el artículo 77° de la Constitución y violaría la exclusividad que le corresponde al Poder Ejecutivo, conforme al primer párrafo del artículo 78° de la Constitución. El Tribunal Constitucional no comparte dicha tesis. Al respecto, se debe tener en cuenta que, a tenor del artículo 94° de la Constitución, el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Del mismo modo, el artículo 79° de la norma suprema

- dispone que sus representantes no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.
- 37** Como puede advertirse, éstas últimas normas constitucionales permiten que el Congreso de la República pueda, eventualmente, aumentar su presupuesto, y no por ello podemos afirmar que se vulnere el principio de unidad presupuestal o la exclusividad del Ejecutivo en la elaboración y presentación del proyecto general de presupuesto, ya que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República tendrán que financiar el eventual exceso en su presupuesto con sujeción a los límites que impone la propia Constitución. Lo mismo puede afirmarse con relación al Poder Judicial, porque en última instancia lo que plantea la Constitución, respecto al tema presupuestario, es que los Poderes del Estado concierten una equitativa asignación de los recursos públicos a través de todo el proceso presupuestario, tanto en la etapa de formulación del proyecto general que deberá presentar el Ejecutivo como en el momento de discusión y posterior aprobación por parte del Congreso de la República.
- 38** Asimismo, el Poder Ejecutivo sostiene que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, argumentando que el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado de que dispone el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y equilibrio presupuestario. Esta afirmación en parte es cierta, pues, conforme al inciso 3) del artículo 118° de la Constitución, corresponde, al Presidente de la República dirigir la política general del gobierno.
- 39** Al respecto, debe precisarse que si bien la Constitución reconoce la exclusividad del Poder Ejecutivo en la iniciativa legal para presentar el proyecto de ley de presupuesto, es decir solo él es el habilitado para iniciar el procedimiento legislativo que culminará con la aprobación del proyecto de ley, esto no quiere decir que no exista una previa coordinación y negociación, propia de un sistema democrático, a los efectos de determinar los montos y las asignaciones presupuestarias que corresponden a los diferentes organismos estatales.
- 40** De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la política general del gobierno y la formulación del presupuesto están limitadas por los parámetros que fija la propia Constitución, en los términos

señalados en los Fundamentos Nros. 98, supra, y 41 y 42, infra. En tal sentido, debe quedar establecido que el Poder Judicial, como Poder del Estado, no está sujeto a una determinada política general de un gobierno determinado, sino a las obligaciones que la Constitución le asigna directamente. Por ello, corresponde al Poder Judicial, en cuanto a sus funciones y con base en la independencia que le es consustancial, fijar autónomamente sus objetivos institucionales que, obviamente, tienen un componente presupuestario. La garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo.

- 41** Por lo expuesto, este Colegiado considera que cuando el artículo 145° de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso, la Constitución está habilitada al Poder Judicial para que participe en el proceso presupuestario presentando su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo sin que este último lo modifique, para su integración al proyecto general de presupuesto y posterior sustentación ante el Congreso de la República, puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, le corresponde, al igual que el Poder Ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación, dentro de los límites que la propia Constitución impone, ya que esta competencia es garantía de su independencia; de no ser así, tal garantía se convertiría en ilusoria.

**IX. Límites que impone la Constitución a la actuación de los Poderes del Estado para la elaboración de la Ley de Presupuesto**

- 42** Las normas constitucionales de la que hemos extraído los principios constitucionales presupuestarios, Fundamento N° 9, supra, imponen límites a los Poderes del Estado para la formulación y elaboración del Proyecto de Presupuesto que presenta el Ejecutivo, haciendo uso de la facultad de iniciativa en esta materia, y al propio Congreso de la República, para su aprobación. En efecto, el artículo 77° de la Constitución prescribe que el presupuesto es anual; que su estructura contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas; que asigna equitativamente los recursos públicos; y que su programación y ejecución responde a los criterios de

eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Por su parte, el artículo 78° de la Constitución dispone que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado; que no puedan cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente; y que no puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. A su turno, el artículo 79° de la Constitución establece, que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

- 43** El Tribunal Constitucional considera que no solo los Poderes Legislativo y Ejecutivo están vinculadas por estas limitaciones, sino también el Poder Judicial, al momento de formular su proyecto de presupuesto. El cumplimiento de las normas constitucionales delimitan los parámetros y los principios constitucionales presupuestarios con los cuales se debe elaborar el proyecto y la Ley de Presupuesto también vinculan al Poder Judicial, el cual, con base en el principio de colaboración de Poderes, deberá formular su proyecto en coordinación con el Poder Ejecutivo, a fin de determinar los montos fijados a partir de los límites y principios impuestos por la Constitución, y garantizando la competencia que le reconoce el artículo 145° de la Constitución.
- 44** Para tal fin, es responsabilidad inexcusable del Poder Judicial plantear una propuesta de asignación de recursos económicos acorde con la realidad de la caja fiscal y con las posibilidades reales de una ejecución eficiente y eficaz. Asimismo, es indispensable que dicho Poder del Estado cuente con una política judicial que sirva de marco para la toma de decisiones por parte del Legislativo, en lo que se refiera a la asignación de recursos presupuestales. Es necesario advertir que, a pesar de habersele asignado al Poder Judicial, en el pasado, importantes recursos para la reforma del sistema de administración de justicia, a la fecha dicho proceso es percibido objetivamente por la ciudadanía como notoriamente deficiente.
- 45** Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que para el adecuado ejercicio de la competencia que el artículo 145° de la Constitución le reconoce al Poder Judicial, es necesaria una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en lo relativo a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145° de la Constitución, concordante con el

principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78° del mismo cuerpo legal.

- 46** Del mismo modo el Poder Judicial deberá formular una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en cuanto a la aprobación de su presupuesto. Sobre esta base, el Poder Legislativo, atendiendo a la capacidad económica del país, podrá incrementar las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

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

**HA RESUELTO:**

- 1.** Declarar que, conforme a lo señalado en el Fundamento N° 13, supra, ha operado la sustracción de la materia respecto a la pretensión del demandante de que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordene la inclusión del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004 en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”.
- 2.** Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo de la competencia que confiere el artículo 145° de la Constitución al Poder Judicial. En consecuencia, intérpretese que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República, conforme a los Fundamentos Nros. 40 a 45 de la presente sentencia.

- 3. EXHORTAR** al Poder Judicial para que formule una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en relación a la aprobación de su presupuesto.
- 4. EXHORTAR** al Poder Legislativo para que dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145° de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78° del mismo cuerpo legal.
- 5. EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementan las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

Públiquesse y notifíquese.

S.S.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARGITIRIGOYEN

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA

GARCIA TOMA

**12. MODELO DE DEMANDA**

Expediente N°.-  
 Secretario.-  
 Escrito N°.- 01.

**SUMILLA: INTERPONE PROCESO COMPETENCIAL****Señor Presidente del Tribunal Constitucional:**

CARLOS PEREZ PEREZ; Gerente del Poder Judicial, identificado con DNI 05670211, con dirección domiciliaria en Jr. Santa N° 232 Balconcillo; con domicilio procesal en Av. Aviación 2198 – Surco, ante Ud. me presento y digo:

**I. PETITORIO:**

Que, interpongo Proceso Competencial de Conflicto de Competencia contra el Poder Ejecutivo. En razón de haber éste invadido la competencia presupuestaria que por la Constitución y ley nos corresponde; al presentar al Congreso el “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al art. 145 de la Constitución. Dirijo la presente contra el Titular del Poder Ejecutivo debiéndosele notificar en Av. Paseo de la República s/n Lima.

**II. FUNDAMENTOS DE HECHO**

- 1ro. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con fecha 15 de julio de 2004, aprobó el Proyecto de Presupuesto para el Poder Judicial por un monto de 638.595,000.00 nuevos soles.
- 2do. Con fecha 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió reemplazar el monto solicitado por el Poder Judicial, por uno menor de 430.000,00 nuevos soles.

**III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

- En atención al principio de División de Poderes, el Poder Judicial constituye un auténtico Poder del Estado. Y conforme con lo prescrito por el art. 145 de la Constitución Política es competencia del Poder Judicial elaborar su propio presupuesto. Resultando fuera de competencia del Ejecutivo, el establecer el presupuesto correspondiente a otro Poder del Estado, como es el Poder Judicial.

**IV. MEDIOS PROBATORIOS**

Copia del “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005”

**V. ANEXOS:**

- 1A. Poder de representación del recurrente.
- 1B. Copia del DNI.
- 1C. Copia del “Proyecto de la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005”.

Por lo expuesto:

A Ud., Señor Presidente:

Sírvase admitir la presente, declarándola Fundada, en su oportunidad.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.



# Capítulo V

---

## **PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD HÁBEAS CORPUS**

### **1. ANTECEDENTES**

- En el antiguo derecho romano, emergen las primeras manifestaciones de una institución que posteriormente se encargaría de velar por el derecho a la libertad. Así, en el año 533 d.C. aparece en Roma la institución denominada Interdicto Romano del Homine Libero Exhibendo, consistente en la interposición de una acción posesoria con la finalidad de que se exhiba el cuerpo del hombre que había sido privado de su libertad.
- En España durante el Reino de Aragón, se reconocieron ciertas atribuciones a los súbditos frente al Rey o sus órganos delegados, a través del llamado PRIVILEGIO GENERAL, dictado por Pedro Tercero en el año 1348; sus mecanismos eran: la manifestación de personas (por el cual si una persona había sido detenida sin hallarse en flagrante delito, o contra la Ley, debía ser puesta en libertad en el lapso de 24 horas); el Juris firma (Institución procesal de naturaleza penal y civil tenía por finalidad que la Justicia Mayor controle los Procesos Judiciales); la aprehensión (medio de protección del derecho de propiedad de inmuebles); El Inventario (protegía el derecho de propiedad de las personas sobre los bienes muebles).
- En el Reino de Aragón como el de Castilla, existía un alto funcionario judicial, que era el JUSTICIA MAYOR quien ejercía un verdadero control de la labor judicial además de interceder contra los abusos del Rey o contra cualquier funcionario estatal.

- Se le reconoce como una institución típicamente inglesa, pues fue en Inglaterra donde se dio una manifestación más consistente, con fines y objetivos definidos, contenidos en la Carta Magna o Declaración de Derechos proclamados por el Rey Juan “Sin Tierra” el 15 de Junio de 1215. La Carta Magna pone fin al desenfrenado absolutismo de los monarcas contra sus súbditos, pues instituye expresamente normas con caracteres propios de una garantía. Es decir, ampara la libertad corporal del individuo con la finalidad inmediata de evitar o terminar con prisiones injustas o detenciones excesivamente prolongadas.
- En 1679, justamente en Inglaterra, durante el reinado de Carlos II se promulgó la primera Ley de Hábeas Corpus, con el sentido actual, es decir con el fin de ordenar la libertad de la persona que se encontraba detenida indebidamente.
- El primer texto legal latinoamericano que lo consagra es el Código Penal del Imperio del Brasil de 1830 (artículos 183 y 184) y más propiamente en el artículo 340 del Código de Procedimientos Penales del mismo país sancionado en 1832. América Latina tiene el mérito de haber hecho suya esta institución que ha tenido un desarrollo propio y perfiles muy definidos.

## 2. ANTECEDENTES DEL HÁBEAS CORPUS EN EL PERÚ

- Luego, de declarada la independencia nacional, el General José de San Martín consagró en el Estatuto Provisional del 08 de Octubre de 1821 lo que serían las primeras manifestaciones de las denominadas posteriormente “Garantías Individuales”.
- “Como bien sabemos la institución inglesa del hábeas corpus, fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Ley del 21 de octubre de 1897 que reglamentó el artículo 18 de la Constitución de 1860, adquiriendo rasgo constitucional en la norma fundamental de 1920”<sup>69</sup>. Resulta ser por lo tanto el proceso constitucional más antiguo en nuestro país.
- La Constitución de 1860, en el artículo 18 prescribía: “Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti delicto, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro

69. Cfr. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés; El Proceso de Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional, en Introducción a los Procesos Constitucionales; Ob. Cit., p. 89

de las 24 horas a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera”. Este artículo fue reglamentado por la Ley N° 1897 en cuanto a sus alcances, ámbito de aplicación y procedimiento.

- La Constitución que lo reconoce con el nombre de Hábeas Corpus es la de 1920, en la parte final del artículo 24° prescribió lo siguiente: “Las personas aprehendidas o cualquier otra podrán interponer, conforme a Ley, **el recurso de Hábeas Corpus** por prisión indebida”.
- El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, mediante los artículos 342° y 355°, estableció el procedimiento para defender la libertad personal, cuando una persona hubiere sido detenida por más de 24 horas y sin que se le haya tomado su declaración instructiva.
- La Constitución de 1933 amplía su campo de acción, dándole un contenido mayor al que tradicionalmente protegía, en el artículo 69° prescribía: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Hábeas Corpus”.
- El Código de Procedimientos Penales de 1940, en los artículos 349 y siguientes estableció:
- Los casos de procedencia de la acción de Hábeas Corpus.
- La improcedencia de la acción de Hábeas Corpus, cuando no se hubiera agotado previamente la vía administrativa, para los casos en que tal agotamiento era exigible.
- Por Decreto Ley N° 17083, en atención a la amplitud de derechos que protegía, en ese entonces, el Hábeas Corpus se estableció dos vías procesales para su tramitación:
- **Vía Penal**, para los casos de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, que se tramitaba de conformidad con el Código de Procedimientos Penales.
- **Vía Civil**, para los demás derechos individuales y sociales, de conformidad con las normas del Decreto Ley N° 17083 (Hábeas Corpus Civil).
- **La Constitución de 1979** prescribía en el artículo 295°: “La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza la libertad individual da lugar a la acción de Hábeas Corpus”.

Como aspectos novedosos de esta Constitución tenemos el establecer y distinguir, en sede constitucional, dos tipos de plazos en cuanto a detenciones:

- Un plazo ordinario de hasta 24 horas para la duración de la detención policial en casos genéricos, lapso dentro del cual el detenido debería ser puesto a disposición del juez o en libertad, según corresponda.
- Un plazo especial de hasta quince “días naturales”, para la duración de la detención policial producida en los casos de delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje.
- La Constitución de 1979 configura el Hábeas Corpus en su concepción original, esto es la protección de la libertad individual.
- Estatuyendo la Acción de Amparo para cautelar los demás derechos, distintos de la libertad individual.
- Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Amparo del 07/12/82.
  - Se expidió dentro del contexto de la Constitución de 1979.
  - Concibió el Hábeas Corpus y el Amparo como institutos procesales constitucionales distintos en cuanto a su finalidad y derechos protegidos.
- **La Constitución Política de 1993** establece el Hábeas Corpus en el artículo 200 inciso A: “La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”.
  - De modo puntual precisa que el ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.
  - Añade la noción de “derechos constitucionales conexos”.

### 3. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

La libertad es condición indispensable para la realización tanto moral, ética y física de la persona, fin supremo de toda sociedad. No puede tolerarse ninguna conducta dirigida a coactar tan trascendental atributo del ser humano.

“La libertad es el ejercicio de la potestad espiritual del ser humano sobre sí mismo, y que tiene la finalidad de hacerlo recorrer los caminos que el decide seguir para realizarse cabalmente. La libertad ha sido especializada en muchas libertades: de culto, de tránsito, de pensamiento, de opinión, de expresión, de asociación, etc. No debemos olvidar que todas ellas se reducen a un núcleo genérico común que tiene el designio de dar al ser humano la libertad de actuar para realizarse mejor”<sup>70</sup>.

Es ya en la plasmación de la vida en sociedad, donde pueden presentarse situaciones que pongan en peligro la esfera de libertad del ser humano, por lo que se deben crear los mecanismos procesales que garanticen tan fundamental derecho, tanto más si: “La historia misma no es sino una lucha interminable entre la **libertad del hombre** y sus esfuerzos para asegurar y ampliar la esfera donde pueda actuar; y de otro lado tenemos a la **autoridad** que mediante negaciones o limitaciones busca un orden determinado de condiciones que garanticen la paz social necesaria para el desenvolvimiento de los intereses prevalentes”<sup>71</sup>.

### 4. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del Hábeas Corpus es la de un proceso sumario, urgente y especializado mediante el cual se protege la libertad individual y corporal de la persona, proceso que tiene sus principios en la Constitución Política y en el Derecho Procesal Constitucional.

### 5. ETIMOLOGÍA

La institución procesal del Hábeas Corpus deriva de dos voces latinas “Hábeas” que significa tener y “Corpus” que es cuerpo; relacionadas ambas palabras significaría “tener” corporalmente a una persona, para constatar el respeto a su integridad física y psicológica.

### 6. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

Es el proceso constitucional por el cual se protege la libertad individual y derechos conexos a ella, frente a actos –de autoridades o particulares– que privan de la libertad o la restringen, sin causa o sin las formas legales.

70. RUBIO CORREA, Marcial; “Estudio de la Constitución de 1993”, Lima Perú, Fondo Editorial P.U.C.P., 1999, pp. 433 y 444

71. MELQUIADES CASTILLO; “Filosofía del Derecho”, Lima Perú, Editora FECAT E...I.R.L., 1994, p. 262.

Si bien es cierto, el Hábeas Corpus en su origen estaba dirigido contra los abusos de poder de las autoridades; sin embargo, hoy en día, los abusos de poder no solo provienen de autoridades sino también de particulares que ostentan algún tipo de poder.

Precisamente, con la entrada en vigor el 1 de Julio de 2009, de la Ley del Arresto Ciudadano N° 29372, se concede a los ciudadanos, la facultad de detener a personas sorprendidas cometiendo delitos (en flagrancia). Como es previsible en la aplicación de esta norma se podría cometer una serie de abusos así como poner en riesgo la integridad de las personas; aquí para cautelar el derecho a la libertad y conexos, puede interponerse un hábeas corpus contra un particular.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2663-2003-HC/TC. Caso Eleobina Aponte Chuquihuanca, citando a Luis Alberto Huerta Guerrero, expresó que: “El Proceso de Hábeas Corpus es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc)”.

Víctor Julio Ortecho, expresa: “Es un proceso constitucional sumario establecido ante el juez penal o ante la Sala Penal de la Corte Superior, dirigido a restituir la libertad que ha sido vulnerada o amenazada por actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios, o personas”<sup>72</sup>.

## 7. FINALIDAD

- Protege la libertad individual y derechos conexos (libertad personal, física y ambulatoria). Su finalidad última es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.
- Lo que persigue es detener la violación de un derecho constitucional o impedir que la amenaza de violación del mismo se haga efectiva. La violación o amenaza de violación de un derecho constitucional tiene un responsable, pero el objeto del Hábeas Corpus no es precisamente realizar una función punitiva, ella se hará efectiva en la vía penal correspondiente.

72. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio, Ob. Cit., p. 117

## 8. PROCEDENCIA

Procede:

- Contra actos u omisiones que vulneren o amenacen los derechos constitucionales.
- Contra autoridades, funcionarios y particulares.
- Para defender el derecho a la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

Marcial Rubio Correa, expresa: “La Constitución de 1993 establece que la garantía del Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión que conduce a la violación de los derechos protegidos. Por hecho debemos entender una actuación en sentido determinado; por ejemplo, secuestrar a alguien. Por omisión, debemos entender que no se realiza una conducta que era jurídicamente exigible para respetar el derecho; por ejemplo, el responsable de una cárcel que no autoriza la salida de un preso que haya concluido su condena o que haya sido indultado”<sup>73</sup>.

## 9. CARACTERÍSTICAS

- a) Es, predominantemente, de naturaleza procesal.
- b) Es de procedimiento sumario, urgente; pues es necesario que la solución sea rápida a fin de proteger los derechos constitucionales de las personas.
- c) Sirve para cautelar –de modo especial– la libertad personal y derechos conexos.
- d) No se discute la existencia de un derecho, sino si existe o no un acto lesivo o amenaza (en caso de detención se limitará a verificar la causa de la detención y la competencia de la autoridad que ordena la detención).

## 10. EL PROCESO DE HÁBEAS CORPUS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

### 10.1. En la Constitución Política de 1993.

Artículo 200°, inciso 1.- “El proceso de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”.

73. RUBIO CORREA, Marcial; Ob. Cit., p. 731

El añadido de derechos constitucionales conexos deben ser entendidos como los referentes a la seguridad personal, el derecho al debido proceso, y la inviolabilidad de domicilio.

## 10.2. El Código Procesal Constitucional

El Art. 25° del Código Procesal Constitucional establece los Derechos Protegidos mediante el proceso de hábeas corpus:

1. La integridad personal y el derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
2. El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
4. El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
5. El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
6. El derecho de los nacionales o extranjeros residentes a ingresar, transitar, o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
7. El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo al acápite “f) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
8. El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme con la ley de la materia.
9. Al derecho a no ser detenido por deudas, salvo en el caso de obligaciones alimentarias.

10. El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
11. El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.
12. El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
13. El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial cuando resulte arbitrarios o injustificados. El de hacer retirar las guardias puestas a su domicilio o suspender el seguimiento policial cuando ello atenta contra la libertad individual.
14. El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el Juez. En el caso de un detenido o procesado, absuelto o declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena.
15. El derecho a que observe el trámite correspondiente cuando se trate del procesamiento o detención de las personas, a que se refiere el Art. 99° de la Constitución. (Altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución y por todo delito que cometam en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después que hayan cesado).
16. El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
17. El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

Igualmente, procede el Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

La Jurisprudencia ha establecido, reiteradamente, que esta lista enunciativa puede admitir más elementos dentro de lo que puede ser tramitado por el Hábeas Corpus, así Enrique Bernal Ballesteros señala: “Los derechos protegidos por el hábeas corpus no son sólo los

mencionados en la Constitución y la Ley, sino también los derechos que se han reconocido en la jurisprudencia constitucional<sup>74</sup>.

### 10.3. Tipos de Hábeas Corpus

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2663-2003-HC/TC. Caso Eleobina Aponte Chuquiuanca, ha desarrollado los siguientes tipos de hábeas corpus:

- **Hábeas Corpus reparador.** Frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física por orden policial, mandato judicial civil o del fuero militar, o decisión de un particular, procedería el Hábeas Corpus reparador, es decir, pretende reponer las cosas al estado anterior de la violación. (Art. 25° inc. 7 del Código Procesal Constitucional).
- **Hábeas Corpus restringido.** Ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio, cabría presentar un Hábeas Corpus restringido. (Art. 25° inc. 6 y 13 del Código Procesal Constitucional).
- **Hábeas Corpus correctivo.** En los casos de actos lesivos a la integridad personal – física, psicológica o moral., procedería un Hábeas Corpus correctivo, en tanto se busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso, o interno de instituciones privadas o públicas, como centros educativos, en calidad de internados de entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc. Este tipo de Hábeas Corpus ha sido previsto en el Art. 25° inc. 17 del Código Procesal Constitucional.

Busca corregir el trato indebido, irrazonable o desproporcionado en prisión y, de ser el caso disponer el cambio del lugar de detención cuando no fuera el adecuado<sup>75</sup>.

74. BERNALES BALLESTEROS Enrique; "Código Procesal Comentado", Trujillo Perú, Edit. Normas Legales, 2005, p. 13.

75. SAGUES, Néstor Pedro; citado por Samuel Abad Yupanqui, pp. 114 y 115

- **Hábeas Corpus preventivo.** Cuando se amenace de manera cierta y concreta la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, cabe interponer un Hábeas Corpus preventivo. Es condición indispensable para la procedencia de este tipo de Hábeas Corpus que los actos destinados a la prevención de la libertad se encuentra en procesos de ejecución. Conforme con lo prescrito por el Art. 2 del Código Procesal Constitucional la amenaza debe ser cierta y de inminente realización. Por tanto no basta la amenaza conjetural ni presunta.
- **Hábeas Corpus traslativo.** Si se introdujese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al Debido Proceso y a la tutela judicial efectiva, en virtud de la cual continuase detenido un reo, luego del plazo límite previsto en la ley para la audiencia oral, donde se resuelva sobre su culpabilidad o inocencia; o si ya hubiese cumplido su condena y continuase en prisión, correspondería plantear un Hábeas Corpus traslativo, para que sea llevado inmediatamente a la instancia judicial correspondiente, o sea liberado. Este tipo de Hábeas Corpus ha sido previsto en el Art. 25 inc. 14; y parte in fine del citado artículo.
- **Hábeas Corpus innovativo.** A pesar de haber cesado la violación o amenaza de violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un Hábeas Corpus innovativo. Se solicita la intervención jurisdiccional con la finalidad de que tales situaciones no se repitan en el futuro. Ha sido previsto por el Art. 1 del Código Procesal Constitucional (para que el emplazado no vuelva a incurrir en acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda).
- **Hábeas Corpus instructivo.** Se da ante el caso de una persona detenida o desaparecida por autoridad o particular que es imposible de ubicar. Se ocasiona a la persona afectada la violación de sus derechos a la libertad, a la comunicación y por lo general a la vida y a la integridad personal. Pretende eliminar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición. Es deber del Juez adoptar todas las medidas tendientes a la ubicación de la persona desaparecida. Este tipo de Hábeas Corpus está contemplado en los artículos 25° inc. 16, y 32° del Código Procesal Constitucional.

· **El Hábeas Corpus Conexo.** Conforme con lo prescrito por el Art. 25° inc. 17 parte final, procede también el Hábeas Corpus para defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, en especial cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio. En general procede respecto de situaciones como restricción al derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento, o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

#### 10.4. Competencia

A tenor de lo prescrito por los Arts. 28° y 12° del Código Procesal Constitucional. La demanda de Hábeas Corpus se interpone ante cualquier juez penal de la localidad, sin observar turnos.

#### 10.5. Legitimación Activa

Conforme con lo prescrito por el art. 26 del Código Procesal Constitucional, pueden demandar:

1. La persona perjudicada.
2. Cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder.
3. El Defensor del Pueblo quien está facultado para intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, y colaborar con la defensa del perjudicado.

#### 10.6. Legitimación Pasiva

- La demanda se dirige contra el que agrede o amenaza la libertad individual o derechos conexos con ella.
- El agresor puede ser: autoridad, funcionario o persona particular.

#### 10.7. Improcedencia de la “demanda” de Hábeas Corpus

- a) Cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan el proceso.
- b) Cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por juez competente dentro de un debido proceso.

- c) En materia de liberación del detenido, cuando el recurrente sea prófugo de la justicia, o desertor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, o militar en servicio arrestado por sus jefes o esté cumpliendo pena privativa de la libertad ordenada por los jueces.
- d) Cuando se trata de personas procesadas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente.

#### 10.8. Características Especiales de la Demanda

La demanda puede presentarse:

- **Verbalmente:** Se levantará un acta ante el Juez o Auxiliar, sin otra exigencia que la de suministrar una relación sucinta de los hechos.
- **Por escrito:** No se requiere firma de letrado, ni pago de arancel judicial o formalidad alguna.
- **Por correo o a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo:** Se requiere previa identificación del reclamante, actor o demandante.

Además, el recurrente, de ser posible, debe indicar el día y la hora en que se produjo la detención y el lugar donde se encuentra el detenido.

Hay ausencia de formalidades.

#### 10.9. Trámite

##### a) Caso de Detención Arbitraria (Art. 30° del Código Procesal Constitucional)

- Presentándose cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad, el Juez resolverá de inmediato. Para el efecto puede constituirse al lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejándose constancia en el acta respectiva.
- No es necesario notificar, previamente, al responsable de la agresión para que cumpla la resolución final.

- Los Jueces de Paz son competentes cuando la detención sea en un lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado Penal. Este Juzgado dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en que está el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la agresión (Art. 29° del Código Procesal Constitucional). Se entiende, también que la detención es arbitraria cuando se dilata la liberación de un detenido, existiendo mandato judicial para ponerlo en libertad.
- b) Caso Distinto de la Detención Arbitraria** (Art. 31° del Código Procesal Constitucional)
- No tratándose de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión.
  - Resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.
  - La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad.
- c) Trámite en caso de desaparición forzada** (Art. 32° del Código Procesal Constitucional)
- Para el caso de desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan al hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen.
  - Igualmente el Juez dará aviso de la demanda de Hábeas Corpus al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.
  - Si el agresor es miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha

ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

La definición de desaparición forzada acogida por el Tribunal, es la prevista en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ratificada por el Estado Peruano, “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”<sup>76</sup>.

Resulta, muy acertado, que el Código Procesal Constitucional incorpore el derecho a no ser objeto de desaparición forzada en el catálogo de derechos protegidos por el Hábeas Corpus, pues garantiza una efectiva y real protección del derecho a la libertad. Más, aún, si el Tribunal Constitucional ha establecido la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, y su relación con el derecho a la verdad. (Posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los cuales se cometieron las violaciones de los derechos humanos)

#### **10.10. Reglas Procesales Específicas para el Trámite de Hábeas Corpus** (Art. 33° del Código Procesal Constitucional)

En la tramitación judicial de este proceso rigen las siguientes reglas:

- Todos los días y horas son hábiles para la recepción de los Informes o Atestados Policiales y de los detenidos.
- No cabe recusación alguna, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.
- No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.
- Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las diligencias procesales.
- No interviene el Ministerio Público, salvo para coadyuvar con la defensa del perjudicado.

76. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Otros; “Código Procesal Constitucional Comentado”, Trujillo, Editora Normas Legales, 2005, p. 16



- Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.
- El Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.
- Las actuaciones procesales son improrrogables.

### 10.11. Recursos Impugnatorios

#### A) Recurso de Apelación

- Contra la resolución que pone fin a la instancia, expedida por el Juez Penal, procede interponer recurso de apelación en el término de dos días. (Art. 35° Código Procesal Constitucional)
- Interpuesta la apelación, el Juez elevará en el día los autos a la Sala Penal, la que dentro de los dos días hábiles siguientes señalará la fecha para la vista de la causa, con citación de los abogados. El plazo para vista y resolución no podrá ser, por ningún motivo, mayor de cinco días, bajo responsabilidad. Los abogados pueden informar en la vista de la causa.

#### B) Recurso de Agravio Constitucional (Art. 18° del Código Procesal Constitucional)

- Contra la resolución denegatoria que expida la Sala procede el recurso de agravio constitucional. El plazo para interponerlo es de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución de denegatoria de segundo grado. Se interpone ante el Presidente de la respectiva Sala, quien remite los autos en el plazo máximo de tres días, al Tribunal Constitucional. Este resuelve para el caso de Hábeas Corpus en el plazo de veinte días.
- Pueden interponer el recurso el demandante, el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo.

#### C) Recurso de Queja, por denegatoria del Recurso de Agravio Constitucional (Art. 19° del Código Procesal Constitucional)

- Contra el auto que deniega el recurso de agravio constitucional, procede interponer recurso de queja ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria.

- Se anexa el escrito que contiene el recurso, copia de la resolución recurrida y de la denegatoria.
- El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite.
- Si se declara fundada la Queja, el Tribunal Constitucional ordenará al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

### 10.12. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

- El Tribunal Constitucional se pronunciará dentro de un plazo máximo de 20 días, respecto del recurso de apelación interpuesto, contra la resolución denegatoria del proceso de Hábeas Corpus.
- 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.
- Pero, si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.
- El Tribunal conoce en última y definitiva instancia los procesos constitucionales a que se refieren los incisos 1), 2), 3) y 6) del artículo 200 de la Constitución. El fallo del Tribunal que estime o deniegue la pretensión de los actores agota la jurisdicción interna.

## 11. EL HÁBEAS CORPUS Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Las emergencias son situaciones anormales o casos críticos, de carácter extraordinario, que perturban la dinámica constitucional (por ejemplo la guerra, el desorden o conmoción interna, la crisis económica severa). Para remediar estas emergencias el derecho constitucional establece institutos de emergencia (como son: el estado de guerra, la ley marcial o estado de sitio, etc).

- La Ley de Hábeas Corpus y Amparo derogada, en su artículo 38 estableció que era improcedente la Acción de Hábeas Corpus y Amparo, respecto de las garantías y derechos suspendidos de conformidad con lo que señalaba el artículo 231 de la Constitución de 1979; lo que

posibilitó que ciertas autoridades violaran derechos constitucionales suspendidos por el régimen de excepción, no teniendo el agraviado algún mecanismo de defensa contra dicha arbitrariedad.

- Posteriormente, por Ley 25398 se establece que decretado cualquiera de los regímenes de excepción, los jueces tramitarán las acciones de garantía, solo en los casos de derechos que no han sido suspendidos o si tratándose de derechos suspendidos, éstos no tienen relación directa con la conducta del agraviado o afectado.
- La Constitución política de 1993 ha zanjado el problema, al regular el Régimen de Excepción en sus artículos 137 y 200; los estados de excepción son:

**a) Estado de Emergencia.-** En caso de perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afectan la vida de la nación (nivel interno); se puede restringir o suspender los derechos constitucionales relativos: a) libertad y seguridad personal, b) inviolabilidad del domicilio, c) libertad de reunión, y d) libertad de tránsito.

El plazo del estado de emergencia no excederá de 60 días. Su prórroga requiere nuevo decreto. Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si, así, lo dispone el Presidente de la República.

**b) Estado de Sitio.-** Para el caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente que se produzca. Esta declaración de Estado de Sitio mencionará qué derechos constitucionales se suspenden o restringen. El plazo no excede de 45 días.

- La Norma Constitucional en el artículo 200° prescribe que las Acciones de Hábeas Corpus, y Amparo NO SE SUSPENDEN DURANTE LA VIGENCIA DE LOS REGÍMENES DE EXCEPCIÓN a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. El Juez que conociera de un proceso con relación a los derechos constitucionales restringidos, o suspendidos por el régimen de excepción deberá, examinar **la razonabilidad y proporcionalidad** del acto restrictivo, no correspondiendo al Juez evaluar la declaración del estado de excepción.

- **Razonabilidad.-** Tiene que ver con la vinculación que pueda establecerse entre la causa de la declaración del Estado de Excepción y los hechos que rodean al sujeto.
- **Proporcionalidad.-** Se relaciona con el “quantum”, si la vulneración del derecho es adecuada a las circunstancias.
- Es pertinente que el Juez no pueda evaluar la declaración del estado de excepción, debido a que no se trata de cuestionar las normas dadas en un estado de anormalidad constitucional, tal atribución corresponde al Poder Ejecutivo en un estado de excepcionalidad. Los procesos constitucionales que tienen que ver con derechos suspendidos, se dirigen a cuestionar la validez de las acciones arbitrarias cometidas bajo pretexto del Estado de Excepción.
- Igualmente, el Código Procesal Constitucional –en concordancia con la Constitución de 1993– en el Art. 23° prescribe que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Precisa que cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Se señalan, además, los criterios de proporcionalidad y razonabilidad a tener en cuenta respecto del acto restrictivo, a saber:
  - Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos.
  - Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del Régimen de Excepción.
  - Con idéntica forma, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez.

**12. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA****PRECEDENTE VINCULANTE****COMENTARIO**

Esta sentencia tiene que ver con las precisiones que en la fecha, establece el Tribunal Constitucional; respecto de los requisitos formales y otras exigencias de orden material que debe observar el Recurso de Agravio Constitucional (RAC) en los procesos constitucionales de la libertad para ser admitidos y revisados por este Órgano Constitucional. Esto es: estrecha relación con el contenido constitucionalmente protegido del Derecho; no sea manifiestamente infundado; que haya causal negativa de tutela previa. Declarando IMPROCEDENTE el recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez, y como precedente vinculante normativo de observancia obligatoria lo dispuesto en los fundamentos 15, 22, 24, 25, 28 y 31 de la referida sentencia.

**EXPEDIENTE 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

**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.

**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° 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 2°, inciso 24, y 139°, 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 5°, 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 éste 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 8° 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 8° 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 316° y 318° 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 8° del CPCo.

El vocal Vinatea Vara Cadillo, en voto discordante, señala que debe revocarse la sentencia recurrida que declara fundada la demanda de Hábeas Corpus.

**f) Agravio constitucional**

Con fecha 18 de abril de 2005, el recurrente interpone recurso de agravio constitucional (RAC) contra el extremo de la resolución judicial N° 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 8° 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.

**DATOS GENERALES****Violación constitucional invocada**

El proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por don Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez contra el magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara.

El supuesto acto lesivo fue producido por el Juez demandado al expedir una resolución, en el proceso judicial signado con el N° 115-2003, no conforme a derecho, debido que se declara al beneficiario reo contumaz y se ordena su captura.

**Petitorio constitucional**

El demandante considera que se han quebrantado sus derechos a la libertad personal (artículo 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?

### FUNDAMENTOS

1. Antes de resolver el fondo del asunto es necesario determinar la competencia del TC en los casos de procesos constitucionales de libertad (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimento), 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.

### A. La naturaleza del RAC

2. Para lograr tal cometido, es imprescindible, en primer término, que, captando la idea de lo que significan los procesos constitucionales de libertad, se pueda entender qué implica la existencia de medios impugnatorios, confluencia que, en un ulterior estadio, nos llevará a comprender la idea del RAC.

Sobre esta base se habrá de definir si el pedido de responsabilidad del agresor es materia de un RAC, según los parámetros que previamente se hayan establecido.

### §1. El RAC en los procesos constitucionales de libertad

3. En un proceso de libertad debe distinguirse cómo el RAC representa una fórmula específica para demostrar la supremacía constitucional, prevista en el artículo 51° de la Norma Fundamental. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales de libertad, especialmente en el Hábeas Corpus, el cual es materia de la presente demanda, es necesario que se asienten algunas premisas respecto al RAC.

La Constitución, como norma fundamental y guía primordial del ordenamiento jurídico, ordena los poderes del Estado y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En virtud del principio de supremacía constitucional, se le considera como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que posee el ordenamiento jurídico. Al ser *lex superior*, define el sistema de fuentes formales del Derecho y aparece como la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se asienta, teniendo así una pretensión de permanencia.

Basándose en tal aseveración, este Colegiado ha venido a señalar explícitamente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 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 solo 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 aquél 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: éste 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, Hábeas 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 Hábeas Corpus, y treinta para el resto).

Entonces, es pertinente que este Colegiado revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse a priori la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el artículo 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 N° 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, solo 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 éste se encuentre, así como un examen de los trámites seguidos por el juzgador para su emisión. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y, de esta manera, lograr la eficiencia del acto jurisdiccional.

Este contenido también debe ser traspolado a una categoría como la del RAC, pero siempre tomando en cuenta lo que significa su introducción a los procesos constitucionales de libertad. En este esquema, si bien es cierto que un sistema procesal en el que no se permitiese a cada parte –en el caso de los procesos constitucionales, demandante o demandado–, recurrir 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.

#### **B. La finalidad del RAC**

10. Habiendo analizado a grandes rasgos lo que significa el RAC, corresponde, a continuación, observar de qué manera ha de lograrse



o posibilitarse una verdadera tutela de derechos fundamentales, máxime si a partir de allí se logrará analizar si lo solicitado por el recurrente tiene o no sustento constitucional.

Además, cabe la posibilidad de ir definiendo, con la mayor precisión posible, en qué situaciones se podrá considerar que una resolución judicial es denegatoria y puede este Colegiado intervenir respecto a un proceso de tutela de libertad.

### **§1. El RAC como forma de protección superlativa de derechos fundamentales**

11. Al haberse postulado en la novísima legislación procesal constitucional la figura del RAC, se está reconociendo un mecanismo de control del proceso a fin de tutelar en forma sumaria los derechos invocados por los demandantes. Este recurso circunscribe sus alcances dentro de la clasificación general de recursos excepcionales, dado que no puede invocarse libremente y bajo cualquier presupuesto, sino que la ley procesal constitucional delimita en forma excluyente las materias en las que procede. Al respecto, es muy claro lo dispuesto por el ya mencionado artículo 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 A 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 (A 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 A 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 aún resulta lo dispuesto por el artículo 35° respecto al Hábeas 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 aquéllos que exigen motivos taxativos para su interposición. Limitan las facultades del tribunal A 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 del demandado. Por tal razón, no es ilógico que en el pasado se haya llamado 'recurso extraordinario' al RAC, toda vez que ésta 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 éstos 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:

**a) Determinación de la tutela objetiva de derechos**

Un tema como éste 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 A 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 mutuo propio 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 de 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.

**b) Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos**

Un aspecto especial de este tipo de proceso se puede encontrar en el paradigmático caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 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.

**c) Decisión respecto a las excepciones deducidas**

En diversos procesos que han llegado a este Tribunal, el RAC ha sido postulado en virtud de la denegatoria por parte de la judicatura ordinaria de la procedencia de la demanda, toda vez que la demanda planteada tenía un vicio de caducidad. El caso policial ha sido el más llamativo al respecto. En sentencias de expedientes como los N° 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 hábeas 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.

**d) 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 solo 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.

**e) 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 éste 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 aún 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 Hábeas Corpus, magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, don Manuel Iván Miranda Alcántara. Manifiesta que corresponde que este Colegiado proceda de acuerdo al artículo 8° del CPCo, referido a la responsabilidad del agresor.

18. El proceso que amerita la presentación del Hábeas Corpus incluye un incidente de excepción de prescripción (mostrado a fojas 29 del Expediente), de cuya tramitación se desprende claramente la vulneración de los derechos alegados, por cuanto dicha excepción fue interpuesta con fecha 20 de octubre de 2003, y admitida a trámite cuatro días 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 Hábeas Corpus, señalando claramente en la parte considerativa (fojas 50 del Expediente) que (...) no se advierte en la

conducta del magistrado accionado, una conducta dolosa de perjudicar al accionante (...), sino una interpretación equívoca de las normas procesales, que puede apreciarse desde una óptica constitucional garantista (...).

A esta misma conclusión llega el A 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 CPC:

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 accesoria al

pedido original que ya fue resuelto favorablemente para el accionante; más aún 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 proscribió 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.

### C. La procedencia del RAC

21. Tomando en consideración los criterios vertidos a lo largo de la presente sentencia, es imperativo para este Colegiado ir determinando la forma en que habrá de intervenir en el futuro respecto a los RAC que lleguen hasta esta sede.

Como se ha llegado a señalar, los procesos constitucionales tienen como finalidad, tal y como lo establecen el artículo II del Título Preliminar y el artículo 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 sólo 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 sólo se considera en aptitud para resolverlas cuando se encuentren en el momento adecuado para ello. En este sentido, gracias a su jurisdicción discrecional, puede seleccionar los casos y 'decidir no decidir' los casos que no merecen su atención. A través de sus resoluciones, la Corte Suprema determina qué casos de relevancia van a ingresar a desarrollar y crear jurisprudencia. Eso sí, cuando no admite una petición, no arguye las razones por las cuales llega a tal decisión.

#### **b) Tribunal Constitucional Alemán**

Por su parte, en Alemania, la decisión judicial tiene dos funciones, resolver un caso particular, protegiendo los derechos subjetivos del recurrente, y preservar el derecho constitucional objetivo, ayudando así a su interpretación y perfeccionamiento; se desarrolla así el doble carácter del proceso constitucional de libertad. Ello permite el establecimiento de las causales de procedencia de los recursos interpuestos ante el TC Federal. Es relevante precisar que gran parte de la protección de los derechos la realizan los tribunales ordinarios, pero siguiendo los precedentes emitidos por el TC.

Por tal motivo, se ha establecido que no todas las demandas de amparo sean admitidas por él. Entre las causales de inadmisibilidad mencionamos los siguientes supuestos: cuando la Sala ha decidido anteriormente casos de carácter idéntico, y cuando una cuestión es manifiestamente infundada. Dicha causal tiene como finalidad la función de realizar un filtro que impida someter al Tribunal cuestiones baladíes o absurdas, dentro del margen de lo establecido en la Constitución y en la normatividad procesal.

Asimismo, es posible que se admita solamente una parte del recurso o que se limite el alcance de la decisión que se adopte. El TC Federal alemán tiene autonomía para su reglamentación interna, sin autorización de la Ley Fundamental ni de la ley debido a que es un órgano constitucional.

#### **c) Tribunal Constitucional Español**

En el caso español, al margen del establecimiento de causales de improcedencia precisas, el TC cuenta con una organización funcional, la cual permite que, de las siete mil doscientos un demandas de amparo ingresadas en el año 2003, por ejemplo, solamente fueron resueltas mediante sentencia doscientas siete demandas, y fueron declaradas inadmisibles ciento veintinueve por auto de inadmisión, cinco mil cuatrocientos veintiocho vía providencia de inadmisión, quinientas catorce por otras causas, y trescientos ochenta acumuladas con los anteriores. Estas cifras se alejan sustancialmente de las que existen en nuestro país, donde muy buena parte de las demandas acaban en sentencias.

Para dedicarse a un número reducido de resoluciones que versen sobre el fondo del petitorio, el TC ibérico ha venido utilizando la siguiente estructura: un Pleno (compuesto por doce magistrados), dos salas (integradas cada una por seis magistrados) y, para el despacho ordinario y la decisión sobre la admisibilidad de los recursos, el Tribunal se divide en cuatro secciones, integradas cada una de ellas por tres magistrados. En ese sentido, el artículo 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 concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos (...). b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional. c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional. d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

De esta manera, las secciones han sido creadas con la finalidad de ser órganos que se aboquen a realizar un filtro de las demandas que llegan al TC, de tal manera que solamente sean resueltos mediante sentencia aquellos casos que hayan pasado este filtro.

25. El TC peruano, ante la situación de tensión –también presente a veces en otros tribunales, inclusive como los nombrados–, entre una protección óptima de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga de trabajo, requiere de una reorganización funcional en la prestación del servicio de justicia constitucional, de manera que ésta 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 quórum requerido para el conocimiento de los procesos de Hábeas Corpus, amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, toda vez que el auto que se emita será validado por la Sala que esté a cargo de este examen.

## §2. El RAC y los supuestos de admisión y procedencia

26. La búsqueda de predictibilidad y certeza, entonces, es la principal consecuencia de los criterios presentados en los fundamentos precedentes, pues determinando con claridad qué significa el RAC y cuándo éste 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 Hábeas Corpus; y, que a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se haya convertido en irreparable.

Al respecto, el primero de estos acápite guarda concordancia directa con lo establecido en el artículo 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.

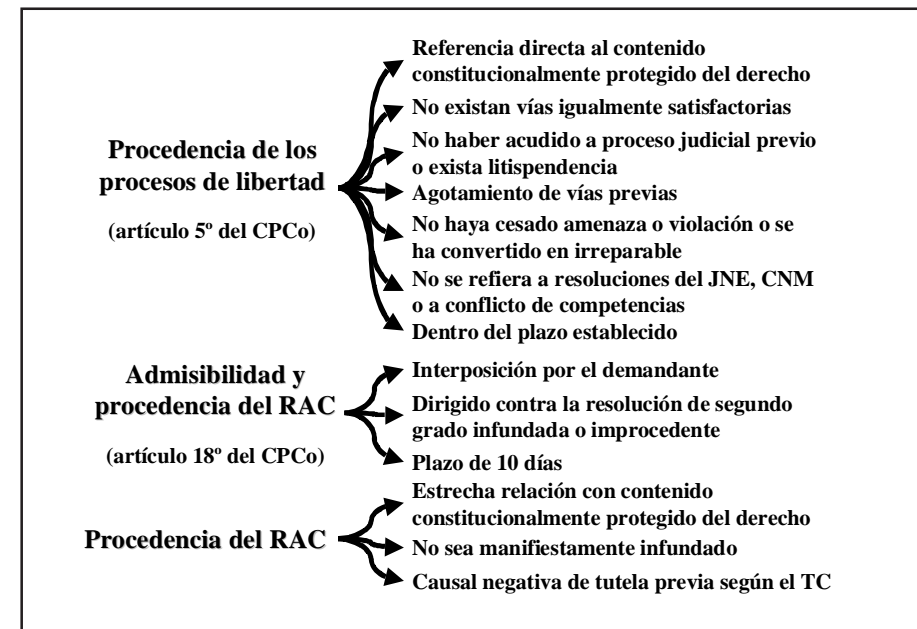
Entonces, para que este Colegiado pueda ingresar a estudiar el fondo del asunto debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia de los RAC presentados. En ella se insistirá en los siguientes aspectos, con la posible acumulación de casos idénticos:

- 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.º 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 sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume.

Ésta debe ser la base para que el TC pueda aceptar un RAC. Sólo 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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de agravio constitucional planteado. Asimismo, establecer como **precedente vinculante normativo** de observancia obligatoria lo dispuesto en los fundamentos 15, 22, 24, 25, 28 y 31.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

LANDA ARROYO

## COMENTARIO

Esta Sentencia resulta muy relevante porque estatuye de modo objetivo, el Derecho a la Verdad tanto en su dimensión colectiva como individual, esto es la necesidad de conocer la forma y circunstancias como se produjo la violación de los derechos constitucionales en cuanto derecho protegido mediante el denominado Hábeas Corpus instructivo para el caso de desaparición forzada, en aplicación de la cláusula abierta de protección contenida en el artículo 3 de la Constitución.

**EXP. N° 2488-2002-HC/TC**

**PIURA**

**GENARO VILLEGAS NAMUCHE**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña María Emilia Villegas Namuche contra la sentencia de la Primera Sala Penal de Piura, de fojas 58, su fecha 13 de setiembre de 2002, que declaró fundada, en parte, la acción de Hábeas Corpus de autos.

### ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 2 de setiembre de 2002, interpone acción de Hábeas Corpus a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual. Solicita que se obligue al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o informar donde se encuentran sus restos mortales, y la anulación del proceso penal que se le siguió en el Fuero Militar, en el cual se condenó, en ausencia, a cadena perpetua por delito de traición a la patria. Refiere que el beneficiario de la presente acción de garantía, estudiante de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional de Piura, el día 2 de octubre de 1992 salió a trabajar, y que nunca más se le volvió a ver. Asimismo, afirma que al día siguiente,

hombres armados y encapuchados, en número de veinte, bajaron de carros portatropa e ingresaron violentamente a su domicilio forzando la puerta, en busca de material subversivo. Sostiene que ante estos hechos decidió acudir a la Prefectura para pedir garantías, las cuales fueron negadas, y que los abogados que contrataba fueron progresivamente detenidos.

El Séptimo Juzgado Penal de Piura, con fecha 4 de setiembre de 2003, declaró fundada la demanda, disponiendo la nulidad del proceso penal seguido contra el beneficiario en el Fuero Militar.

La recurrida confirmó la apelada e, integrándola, declaró inadmisibile el extremo en que se solicita la entrega con vida del beneficiario de la acción de garantía o se indique el lugar donde descansan sus restos, por considerar que no se ha acreditado fehacientemente su desaparición o ausencia, de conformidad con lo prescrito por los artículos 47° y 66° del Código Civil.

## FUNDAMENTOS

### 1. Delimitación de la materia controvertida

1. De conformidad con el artículo 41° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso extraordinario procede sólo ante resoluciones denegatorias de las acciones de garantía; por tanto, al haberse declarado fundado el Hábeas en segunda instancia, decretándose la nulidad del proceso seguido contra el beneficiario en el Fuero Militar, este colegiado solo se pronunciará sobre el extremo de la demanda que fue declarado inadmisibile, en el cual se solicita al Estado peruano devolver con vida a Genaro Villegas Namuche o informar donde se hallan sus restos.

### 2. La desaparición forzada de personas

- 2 Los hechos denunciados por la recurrente constituyen en doctrina la figura denominada desaparición forzada. Según la Convención Americana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ésta consiste en la “privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la

persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”:

- 3 La práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además, de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7,6). Asimismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, está práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos, y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fondo, párrafo 155-157).
  - 4 Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que se atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ### 3. La impunidad
- 5 La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime

la pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

- 6 Según Naciones Unidas, la impunidad es “la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” (Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, E/CN.4/Sub.2/1977/20/Rev.1., Definiciones. A.). Así, la impunidad es hoy considerada como:
  1. Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.
  2. Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.
  3. Una factor que contribuye a la comisión de nuevo crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.
  4. Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5. Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla. (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia. Memorias, Bogotá, junio de 2003, pp. 157)
- 7 El gobierno, en cumplimiento del deber de adoptar las medidas más adecuadas para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, dictó el Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, que creó la Comisión de la Verdad, cuyo propósito no fue el de suplantar, sustituir o superponerse al Poder Judicial; antes bien, uno de sus objetivos fundamentales fue el de identificar los hechos y las responsabilidades de las violaciones de los derechos humanos, empeñándose, en lo posible, en tratar de determinar su real existencia y veracidad, y, complementariamente, en evitar la desaparición de pruebas vinculadas con tales hechos. Sus investigaciones, con loable criterio exhaustivo, han permitido conocer los sucesos acaecidos en nuestro país en estas últimas décadas, y contribuyen al imperativo de cumplir con la obligación internacional y constitucional de evitar la impunidad y restituir los derechos violados para conseguir la paz social y la reconciliación nacional.

#### 4. Derecho a la verdad

- 8 La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable.
- 9 Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya



transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quien fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo se deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44°, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Al respecto, similar y esclarecedor criterio tuvo el magistrado Manuel Aguirre Roca, en el Voto Singular emitido en la STC. N° 013-96-AI/TC, sobre las Leyes de Amnistía Nros. 26479 y 26492, estimando que no se agotan los efectos del derecho a la verdad.

- 10 Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 11 Tanto la legislación supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana, definen los derechos que las personas humanas deben gozar; asimismo, algunos textos constitucionales se han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales. Es evidente que ellos son consecuencia de la existencia de nuevas necesidades y de avances científicos,

tecnológicos, culturales o sociales; por ello, de cara a este nuevo y diverso contexto las Constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales”, cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que si las tienen expresamente.

- 12 Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.
- 13 Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.
- 14 El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al de los que con su reconocimiento se persigue al alcanzar.
- 15 Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.
- 16 Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no solo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde

yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

- 17 Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no solo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no solo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.
- 18 De igual forma el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no solo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos

criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

- 19 En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no solo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como al de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso Bámaca Velásquez, sentencia, párrafo 129)

Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye el de que el Estado asuma la investigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 168, y Loayza Tamayo, Reparaciones, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

- 20 De allí que para que este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tienen un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico; pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

##### **5. Derecho a la tutela judicial efectiva**

- 21 No es posible garantizar el derecho a la verdad, ni ningún otro derecho, si no existe tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 139.3, cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de

medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad.

Este sentido del derecho a la tutela judicial efectiva ya está previsto en el artículo 3, literal “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo”. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1, que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”

- 22 Este Colegiado considera que los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia. Así lo ha precisado la jurisprudencia de este Tribunal: (Exp. N° 1230-2002-HC) “A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el Hábeas Corpus, el Amparo o el Hábeas Data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”.
- 23 Asimismo, corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalente de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Esta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto

que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe los valores fundamentales de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.

## 6. El Hábeas Corpus Instructivo

24. El Hábeas Corpus es un proceso constitucional reconocido en el artículo 201 de la Constitución, que procede ante cualquier violación o amenaza de la libertad individual o derechos conexos. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, como respecto de derechos diferentes a la libertad, si su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual. (Exp. N° 1429-2002-HC/TC).

En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como Hábeas Corpus instructivo, en el cual, el juez constitucional “a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, en base al artículo 11° de la Ley 23506” (Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, p. 117). Esa deberá ser la labor que realice el juez del Hábeas Corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N° 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada.

- 25 No obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o de sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida.

## 7. Procesos de desaparición forzada frente al principio de legalidad

- 26 Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso

penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24, de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la Ley previa, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el delito o paradero de la víctima.

27 El Tribunal Constitucional, estima, por lo expuesto, que en el presente caso se ha violado el derecho a la verdad, reconocido en el artículo 3° de nuestra Constitución vigente.

#### **FALLA**

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autorización que le confiere la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

#### **Ha resuelto:**

1. Disponer fundado el Hábeas Corpus, en el extremo materia del recurso.
2. Disponer que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente por la desaparición de Genaro Villegas Namuche.

3. Ordenar que el Juez de Ejecución dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, sobre el estado de las investigaciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
AGUIRRE ROCA  
REVOREDO MARSANO  
GONZALES OJEDA  
GARCIA TOMA.

## COMENTARIO

La presente sentencia del Tribunal Constitucional, tiene su grado de importancia, pues de modo enunciativo establece los tipos de Hábeas Corpus mediante los cuales se puede garantizar de modo eficaz la libertad de las personas.

**EXP. N° 2663-2003-HC/TC**  
**CONO NORTE DE LIMA**  
**ELEOBINA MABEL APONTE CHUQUIHUANCA**  
**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 23 días del mes de marzo de 2004, reunido el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigiyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marzano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia:

### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Eleobina Mabel Aponte Chuquiwanca contra la resolución de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, de fojas 182, su fecha 8 de setiembre de 2003, que declaró improcedente la acción de Hábeas Corpus de autos.

### ANTECEDENTES

Con fecha 26 de agosto de 2003, la recurrente interpone acción de Hábeas Corpus contra el Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas, Ronald Soto Cortez, por violación de su derecho a la libertad individual. Solicita, por tanto, que se ordene al referido juez levantar la orden de captura que pesa en su contra.

Sostiene que con motivo del proceso judicial N° 121-02, fue designada como custodia judicial de un televisor y un ropero de madera, los que depósito en su domicilio; que posteriormente, el Juzgado desafectó el ropero y la notificó para que lo ponga a disposición del juzgado, por lo que presentó 3 escritos a fin de que el juzgado precise el lugar donde se debía poner a disposición el bien requerido, hecho que recién se produjo con la Resolución N° 24, de fecha 23 de junio de 2003, y notificada el 14 de julio

del mismo año, en la que se le requiere, por última vez, que el día 24 de julio de 2003 cumpla con apersonarse al local del juzgado con el bien, bajo apercibimiento de ordenarse su captura; que, en la fecha en que le notificaron la Resolución N° 24 se encontraba de viaje, por lo que su hermana, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2003, solicitó que dicha diligencia se realice en el propio domicilio de la custodia, debido a que no contaba con los medios económicos para trasladar el bien al local del juzgado; y que el 13 de agosto de 2003, mediante Resolución N° 26 el juez ordena su captura sin motivación alguna. Agrega que el 20 de agosto de 2003 presentó al Juzgado un escrito pidiendo la nulidad de la Resolución N° 26, sin que hasta la fecha de la interposición de la demanda exista pronunciamiento alguno.

El emplazado manifiesta que notificó en diversas oportunidades a la demandante para que se apersona al local del juzgado con el bien mueble en custodia, y ésta no cumplió con dicho mandato, por lo que ordenó su ubicación y captura mediante resolución de fecha 26 de agosto de 2003, conforme a las facultades conferidas por el inciso 2) del artículo 53° del Código Procesal Civil. Agrega que hasta la fecha de su declaración la accionante no ha cumplido con entregar el bien en custodia.

El Noveno Juzgado Especializado en lo Penal del Cono Norte de Lima, con fecha 26 de agosto de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que no ha existido violación alguna a la libertad individual, pues el demandado, dentro de un proceso regular y conforme a la normatividad vigente, con las garantías que la ley establece, ha actuado de acuerdo a sus atribuciones.

La recurrida confirma la apelada, por los mismos fundamentos.

### FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente demanda es que se ordene al Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas que levante la orden de captura que pesa sobre la accionante, ordenada mediante Resolución N° 26 de fecha 13 de agosto de 2003.
2. La libertad personal es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Al mismo tiempo que derecho subjetivo, constituye uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por

cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

3. Asimismo, es de señalarse que, como todo derecho fundamental, la libertad personal tampoco es un derecho absoluto. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Es así que pueden ser restringidos o limitados mediante ley.
4. Según lo ha señalado este Tribunal (Exp. N° 1091-2002-HC), la libertad individual “En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado”.
5. Ahora bien, el proceso de Hábeas Corpus como señala Luis Alberto Huerta Guerrero *Libertad Personal y Hábeas Corpus*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, pág. 47 “es una institución cuyo objetivo consiste en proteger la libertad personal, independientemente de la denominación que recibe el hecho cuestionado (detención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.) De acuerdo a la Constitución de 1993 (...) procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona, por cualquier acción u omisión que implique una amenaza o violación de la libertad personal”.

Dicha acción de garantía es básicamente un proceso de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. En puridad representa la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*.

Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud. Ello en razón a que ésta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida,

es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

En efecto, la facultad de locomoción o desplazamiento espacial no se ve afectada únicamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad física, sino que ello también se produce cuando se presentan circunstancias tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho: asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad ésta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc.

6. Tal como expone Néstor Pedro Sagües *Derecho Procesal Constitucional Hábeas Corpus*. Buenos Aires: Astrea, 1998 pág. 143– “en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus pareciera no tener razón de ser, ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por lo demás estriba en disponer una libertad.

Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto (...) lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él”.

De ahí que se reconozca que “algunas figuras del Hábeas Corpus (...) abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos constitucionales también aunque de índole distinta”.

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87N°29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se justificó y convalidó la ampliación de los contornos del Hábeas Corpus al manifestarse que “es esencial la función que cumplen el Hábeas Corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

En función a este ensanchamiento del carácter y contenido del Hábeas Corpus, la doctrina ha elaborado una tipología, de la cual resumidamente damos cuenta:

**a) El hábeas corpus reparador**

Dicha modalidad se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una

orden policial; de un mandato judicial en sentido lato juez penal, civil, militar; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, etc.

En puridad, el Hábeas Corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

**b) El Hábeas Corpus restringido**

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, “se le limita en menor grado”.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

**c) El Hábeas Corpus correctivo**

Dicha modalidad, a su vez, es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

En efecto, en el caso *Alejandro Rodríguez Medrano vs. La Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otros* (Exp. N° 726-2002-HC/TC), el Tribunal Constitucional señaló que:

“Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente”.

Así, procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho al trato digno o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

**d) El Hábeas Corpus preventivo**

Este podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la Ley de la materia.

Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

En efecto, en el caso *Patricia Garrido Arcentales y otro contra el capitán PNP Henry Huertas* (Exp. N° 399-96-HC/TC), el Tribunal Constitucional precisó:

“Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4° de la Ley N° 25398, se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible”.

**e) El Hábeas Corpus traslativo**

Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

César Landa Arroyo. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 116, refiere que en este caso “se busca proteger la libertad o la condición jurídica del status de la libertad de los procesados, afectados por las burocracias judiciales (...)”

En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguientes:

“Que, el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura”.

**f) El Hábeas Corpus instructivo**

Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

“Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Paéz fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de Hábeas Corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1.”

**g) El Hábeas Corpus innovativo**

Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, Domingo García Beláunde (*Constitución y Política*, Editorial, Lima 1991., pág. 148), expresa que dicha acción de garantía “debe interponerse contra la amenaza y violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”. Asimismo, César Landa Arroyo (*Tribunal Constitucional, Estado Democrático*, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193), acota que “... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un Hábeas Corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos”:

**h) El Hábeas Corpus conexo**

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligada a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados previstos en el artículo 3° de la Constitución entroncadas con la libertad física o locomoción, puedan ser resguardados.



Esta tipología ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

7. En el presente caso aunque la recurrente no ha sido privada de su libertad, existe una amenaza, que proviene de una orden de detención dictada por el órgano jurisdiccional emplazado. Nos encontramos, entonces, ante un Hábeas Corpus preventivo.
8. De acuerdo al literal f, del inciso 24), del artículo 2° de la Constitución, nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

En cuanto a la primera forma de restricción de la libertad individual, esto es, la originada en un mandato del juez, éste necesariamente debe ser escrito; y, a su vez, motivado. Por otro lado, la facultad de dictar el mandato de detención no es potestad exclusiva del juez penal, pues dicho precepto constitucional no hace referencia a la especialización del juez, y no puede descartarse casos especiales donde la ley contempla la posibilidad de que jueces no penales ordenen la detención de una persona, como es el caso del inciso 2) del artículo 53° del Código Procesal Civil, siempre que detrás de ello se persiga satisfacer un bien constitucionalmente relevante.

El mandato de detención, obrante a fojas 157 de autos, se basó en el incumplimiento de la recurrente de apersonarse al local del juzgado con el ropero de madera cuya custodia le había sido encomendada. Sin embargo, la resolución cuestionada no hace referencia al escrito presentado con fecha 22 de julio de 2003, en el que indica su falta de recursos económicos para efectuar el traslado del mueble, solicitando, a su vez, que dicha diligencia se realice en su domicilio. Por tanto, no hay en el presente caso, renuencia a acatar los mandatos judiciales por parte de la recurrente que justifique la medida de detención cuestionada.

### **FALLO**

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

### **Ha resuelto:**

1. Declarar fundado la acción de Hábeas Corpus.
2. Declarar nula la resolución N° 26 de fecha 13 de agosto de 2003, dictada por el Juzgado de Paz Letrado de Comas en el proceso N° 121-2002, la cual ordena la inmediata ubicación y captura de Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

AGUIRRE ROCA

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

**11. MODELO DE DEMANDA****Exp. N° 287-04****Sec.- Rosa Quiroga****Escrito N°.- 01****SUMILLA: Proceso de Hábeas Corpus****Señor Juez Especializado en lo Penal de Piura:**

CARMEN ZAPATA ZAPATA, identificada con DNI 02675648, con dirección domiciliaria en Av. Grau 2677 y con domicilio procesal en la casilla 323 del Dpto. de Notificaciones del Colegio de Abogados de Piura, a Ud. atentamente expongo:

Que, recurro a su Despacho a fin de interponer Proceso de Hábeas Corpus a favor de mi cónyuge, don Orlando Vargas Vargas, quien ha sido detenido arbitrariamente por orden del Mayor PNP Juan Ponce Rivas de la Comisaría de San José de esta ciudad, a quien se le deberá notificar en calle John F. Kennedy N° 734 San José – Piura solicitando se ordene su libertad inmediata, en atención a las consideraciones fácticas y jurídicas que paso a exponer:

**I. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA:**

1. Con fecha veintiuno de noviembre del dos mil cuatro la Comisaría de la Policía Nacional del Perú, ubicada en la calle John F. Kennedy. -San José- de esta ciudad cursó una citación para que mi esposo, don Orlando Vargas Vargas, se apersonara a la Comandancia para prestar sus declaraciones a fin de esclarecer los hechos relativos a una supuesta comisión de delito de hurto, denunciado por la presunta agraviada, la empresa Álvarez Bohl , en la cual mi esposo trabaja como almacenero.
2. Cumpliendo con dicha citación, mi esposo se apersonó a rendir su declaración, luego de la cual la policía concluyó que habían “indicios” que hacían presumir su eventual responsabilidad en los hechos denunciados, ordenando su detención inmediata.
3. El caso es que mi esposo ha sido detenido en base a las conclusiones subjetivas del oficial que le tomó la declaración, y por orden del Mayor Comisario de dicha Comisaría, sin que haya sido sorprendido en flagrante delito o haya mandato judicial de

detención. Y por si fuera poco, mi esposo se encuentra a la fecha en los calabozos de la referida comisaría por más de veinticuatro horas, negándose la policía a dejarlo en libertad o a remitirlo a la fiscalía o al juzgado correspondiente, aduciendo que aun falta tomar otras declaraciones y confeccionar el atestado.

4. Por tal motivo me veo obligada a interponer el presente Proceso de Hábeas Corpus, solicitando a su Despacho se sirva adoptar las medidas del caso y ordenar la inmediata libertad de mi cónyuge don Orlando Vargas Vargas.

**II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:**

- **El Proceso de Hábeas Corpus.-** Conforme al Art. 2 Inc. 24 Lit. f) de la Constitución Política del Estado, y en concordancia con el Art. 25 Inc. 7 del Código Procesal Constitucional, procede el proceso de Hábeas Corpus en caso de detención arbitraria. En consecuencia, habiéndose configurado dicha detención arbitraria en el presente caso, la suscrita interpone la referida acción de garantía a favor de mi cónyuge.
- **Legitimación.-** Conforme con lo prescrito con el Art. 25 inciso 7 del Código Procesal Constitucional, puede interponer la demanda de Hábeas Corpus, la persona perjudicada o cualquier otra en su nombre, sin necesidad de poder u otras formalidades; por lo que en virtud del referido dispositivo interpongo la presente a favor de mi cónyuge don Orlando Vargas Vargas.

**POR TANTO:**

A Ud. Sr. Juez; solicito admitir la presente; tramitarla de acuerdo a su naturaleza y en su oportunidad declararla FUNDADA, ordenando la inmediata libertad del detenido.

**OTROSI DIGO:** Solicito que una vez concluido el procedimiento del presente proceso de Hábeas Corpus, se disponga abrir la correspondiente instrucción a los responsables, sin perjuicio del pago de la indemnización por daños y perjuicios.

Lugar, Fecha, firma del abogado y del demandante.

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES

El control normativo, difuso o concentrado, no ha sido el único ámbito de fiscalización del poder. También va en esa línea de control y fiscalización la tutela de los derechos fundamentales frente a actos, omisiones o amenazas de los poderes públicos y, en ciertos países, de los particulares<sup>77</sup>. En esa perspectiva se inspiró el “juicio de amparo” mexicano, como antecedente del actual amparo.

Este mecanismo procesal constitucional destinado a cautelar los derechos constitucionales no relacionados con la libertad individual o la intimidad personal y familiar, **surgió en México con la Constitución de Yucatán de 1841.**

Luego, de su origen mexicano trascendió a varios países de América Latina. El Salvador fue el primer país que introdujo el amparo de acuerdo al modelo mexicano en su Constitución de 1886, le siguieron Honduras y Nicaragua, respectivamente.

### 2. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

- **Constitución de 1933.** Estableció en el artículo 69 que todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de “Hábeas Corpus”.

---

77. ABAD YUPANQUI Samuel; Ob. Cit. P. 19.

- **Decreto Ley N° 20554 (12/03/74).** Se estatuyó dentro del fuero privativo agrario, el “recurso de amparo”, como mecanismo de protección para los propietarios de tierras indebidamente expropiadas con fines de Reforma Agraria; este recurso era revisado en instancia única por el Tribunal Agrario. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, dicho recurso quedó desactivado, por cuanto esta Carta Magna creó un amparo constitucional y reunificó los fueros preventivos en el Poder Judicial.
- **Constitución de 1979:** En el artículo 295 diferencia el Amparo del Hábeas Corpus otorgándole perfiles propios. Dicho artículo fue desarrollado por la Ley N° 23506.
- **Ley N° 23506. (07/12/82),** “Ley de Hábeas Corpus y Amparo”: Esta norma de carácter procesal operativizó el artículo 295 de la Constitución de 1979, regulando por separado los procedimientos de Hábeas Corpus y Amparo.
- **Decreto Supremo N° 024-90-JUS:** Reglamento de la Ley N° 23506.
- **Ley N° 25398.** Ley Complementaria de Hábeas Corpus y Acción de Amparo.

### 3. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA

La vigencia y eficacia de los Derechos Humanos se basa en la exigencia moral de respetar la dignidad del hombre como persona moral, exigencia contenida en la idea de derecho. Debemos recordar que la idea de derecho no abarca solo el valor de la justicia, sino también el de la dignidad humana, la libertad, jurídicamente hablando<sup>78</sup>.

El Proceso de Amparo no se funda en razones exclusivamente normativas de carácter jurídico; sino que está dotado de raigambres ético-filosóficas y su implementación obedece a una exigencia universal del hombre, cual es el respeto de los derechos fundamentales como expresión natural de la dignidad del ser humano.

No solo es preciso que un orden jurídico reconozca y respete la libertad y en general los derechos del hombre como persona; es necesario también que se instaure los mecanismos procesales para conseguir ese respeto o remediar su inobservancia.

78. CASTILLO, Melquíades; Ob. Cit. p. 407.

### 4. NATURALEZA JURÍDICA

Es la de un proceso constitucional caracterizado por su urgencia y excepcionalidad, pues opera en defecto o ausencia de las vías ordinarias regulares. Su naturaleza residual ha sido reafirmada por el Código Procesal Constitucional.

Es extraordinario y excepcional, pues la protección de los derechos a través del Proceso de Amparo no es ni debe ser la norma, sino la excepción. “Más aún, en puridad, el Recurso de Amparo no es un instrumento para la protección de los derechos, sino un instrumento para corregir los errores que se puedan cometer en el interior del sistema de protección de los derechos diseñado por el constituyente”<sup>79</sup>.

### 5. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

El proceso de Amparo es el mecanismo constitucional que tiene por finalidad asegurar a las personas el pleno disfrute de sus derechos constitucionales, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria por órganos estatales o de particulares, con excepción de las libertades amparadas por el Hábeas Corpus y el Hábeas Data.

Es un proceso de derecho público subjetivo. Sagües expresa: “el Amparo es una acción que protege todos los derechos humanos recogidos por la Constitución, siempre que fueran ciertos, exigibles, concretos, ante la lesión o amenaza de particulares o del Estado. Agrega: es una acción excepcional, en defecto de las ordinarias interponibles por cualquier persona, con trámite rápido, viable, incluso contra actos del Poder Judicial”<sup>80</sup>.

El proceso Constitucional de Amparo es el más respetable y grandioso, pues el ciudadano litiga contra el Poder del Gobierno o lo que es más precisamente, contra el mismo poder de la Ley, siempre que ésta o algún acto de aquél vulneren sus derechos.

No es casual, precisamente que, a partir del Golpe del 5 de abril de 1992, durante la vigencia del régimen de facto de Alberto Fujimori Fujimori; fue el proceso que más restricciones sufrió, creándose abusivas causales de improcedencia, desnaturalizando el proceso de Amparo. Esto encontraba explicación por cuanto el adecuado funcionamiento del Amparo no resulta grato para quienes precisamente quieren impedir el

79. PEREZ ROYO, Javier; Ob. Cit. p. 601

80. SAGÜES, Néstor Pedro; “Acción de Amparo”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 33

cuestionamiento de sus decisiones<sup>81</sup>. Los Decretos leyes expedidos, durante el régimen de facto, transgredieron expresas normas internacionales sobre Derechos Humanos en cuanto garantizan a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra las decisiones arbitrarias gubernamentales que afecten derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

“El Proceso de Amparo tiende primordialmente a garantizar tanto la supremacía constitucional, como la integridad y pureza de sus mandatos, los cuales se verían expuestos a ser violados impunemente sin su existencia”<sup>82</sup>.

## 6. CARACTERÍSTICAS

- Es un mecanismo jurisdiccional constitucional.- Por ser un instituto procesal que, de modo urgente, activa la función jurisdiccional del Estado. En el plano constitucional garantiza el control constitucional de las resoluciones del Poder Judicial, siempre y cuando atenten contra el “debido proceso”
- Tiene naturaleza jurídica procesal.- Pues, es un proceso, en la medida que hay la presencia de sujetos, conjunto de actos procesales coordinados y se tiende a la solución de un conflicto donde hay violación o amenaza de un derecho constitucional.
- Tiene procedimiento sumarísimo.- Es de procedimiento breve. No tiene etapa probatoria, busca restablecer el derecho vulnerado o amenazado en forma rápida. Sus términos son muy cortos, no admitiéndose articulaciones; con trato preferente por parte de los jueces.
- Defiende por cobertura todos los derechos constitucionales con excepción de la libertad personal y el derecho a la intimidad personal y familiar.
- Es subsidiario o residual, por cuanto no procede cuando existen “vías procedimentales igualmente satisfactorios” del derecho constitucional vulnerado.

81. ABAD YUPANQUI, Samuel, Ob. Cit. p. 90

82. DIAZ ZEGARRA, Walter A; Ob. Cit, p. 178

## 7. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES EN EL AMPARO

- **Principio dispositivo o instancia de parte:** Se requiere instancia de parte para el inicio del proceso, por tanto la interposición de la demanda respectiva. Conforme con el artículo 42 del Código Procesal Constitucional se debe interponer la demanda con los datos y anexos respectivos.
- **Principio de agravio personal y directo:** Agraviar es causar daño; es decir menoscabo patrimonial o de distinta naturaleza debiendo considerarse las circunstancias y forma cómo la autoridad estatal o el particular causa daño al afectado.
- **Principio de prosecución judicial del Amparo:** Se tramita y ejecuta por medio de procedimientos y formas de orden jurídico.
- **Principio de la definitividad del proceso de Amparo:** Se extiende a la jurisdicción civil, laboral, tributaria, etc. En razón de que las normas constitucionales son desarrolladas por las normas infraconstitucionales.
- **Principio del Estricto derecho de las resoluciones:** En cuanto las resoluciones (Sentencia) se apega finalmente a los términos de la demanda. (artículo 55 del Código Procesal Constitucional)

## 8. EL PROCESO DE AMPARO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

- La Constitución de 1993 como norma sustantiva define este instituto en el artículo 200 inciso 2.
- El Código Procesal Constitucional; como norma adjetiva regula este proceso en los Arts. 37 al 60.

### 8.1. DERECHOS PROTEGIDOS (ART. 37 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

1. De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole. (guarda concordancia con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución). “La discriminación consiste en el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos de una persona o de un grupo de personas. Los actos discriminatorios descalifican a una persona por sus

características innatas o por las posiciones asumidas voluntariamente en la sociedad”<sup>83</sup>. Para calificar una conducta como discriminatoria se debe verificar la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Un trato diferenciado o desigual, esto por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente: “El principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir obedezcan a razones objetivas y razonables”<sup>84</sup>. 2) Un motivo o razón prohibida, que esté relacionada con las características innatas de la persona (raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, idioma, discapacidad, condición económica o social); o con las posiciones asumidas voluntariamente por las personas en la sociedad (religión, opinión, orientación sexual). 3) Un objetivo o resultado, se requiere que el trato diferenciado basado en un motivo prohibido tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho.

2. Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa (es el derecho a la libertad de cultos, un correlato de la libertad religiosa artículo 2do Inc. 3ro de la Constitución).
3. De información, opinión y expresión (prescrito en el artículo 2do inciso 4to de la Constitución) Derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. La libertad de expresión está referida al individuo que comunica a otros sus ideas. La libertad de información tiene perfiles muy nítidos de un auténtico derecho social, pues compromete a toda la sociedad.
4. A la libre contratación (artículo 2do Inc. 14 de la Constitución). Solo se contrata con fines lícitos, y sin contravenir las leyes de orden público.

83. Defensoría del Pueblo: “La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Documento de Trabajo N° 2. Lima: 2007, p. 29 y ss.

84. Tribunal Constitucional. Sentencia del 4 de julio del 2003, recaída en los Expedientes Acumulados N° 0001-2003-AI/TC y N° 0003-2003-AI/TC (Demanda de inconstitucionalidad contra el segundo y el cuarto párrafo del artículo 7° y el artículo 13 de la Ley 27755).

5. A la creación artística, intelectual y científica. Es cláusula operativa de inmediata y total vigencia, con la sola promulgación de la norma fundamental. La ciencia es universal y no conoce de ideologías. (artículo 2do Inc. 8 de la Constitución).
6. De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones (Artículo 2do Inc. 9 de la Constitución).
7. De reunión (artículo 2do Inc. 12 de la Constitución). Es un típico derecho de relación y regulable por la autoridad. Se distingue las reuniones llevadas a cabo en locales privados o abiertos al público no requieren en aviso previo. En tanto las que se convocan en plazas y vías públicas si lo requieren.
8. Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; (tiene concordancia en el artículo 2do Inc. 7 de la Constitución). Este derecho ha sido incorporado recientemente por el Código Procesal Constitucional, como protegido mediante el Amparo.
9. De asociación (Artículo 2do Inc. 13 de la Constitución). Protege la libertad de asociación de las personas, de modo permanente y organizado para la consecución de un fin. Este fin puede ser altruista, cultural, fraternal, gremialista, económico, etc. Es norma común que no se puede coaccionar a nadie para que forme parte de una sociedad o de una asociación. Existe por tanto el derecho libertad de salir o permanecer en la asociación.
10. Al trabajo (artículo 2do Inc. 15 de la Constitución). En una sociedad libre no se le puede coaccionar a una persona a que labore en un lugar que ella rechaza. Se protege el derecho a la libre elección del trabajo y también los derechos en el desempeño del mismo.
11. De sindicación, negociación colectiva y huelga (artículo 28 de la Constitución). La sindicación es la asociación de personas para la defensa de intereses comunes relacionados con la actividad empresarial o laboral que desempeñan, así pueden existir sindicatos de empleadores y sindicato de trabajadores. El derecho comprende también la libre voluntad del trabajador de pertenecer al sindicato. Sólo es limitable este derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales así como para Funcionarios con poder de decisión.

12. De propiedad y herencia (artículo 2do Inc. 16 de la Constitución). La propiedad en el ámbito constitucional es mucho mayor que la desarrollada por el Código Civil, y está referida a todo el conjunto de bienes materiales e inmateriales que la sociedad estime. Hay limitaciones en el ejercicio del derecho a la propiedad artículos 70° y 71° de la Constitución. El derecho a la herencia se protege de acuerdo con las cláusulas regulativas limitativas que establece la ley.
13. De petición ante la autoridad competente (artículo 2do Inc. 20 de la Constitución). El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente ante la autoridad competente, la que está obligada a dar una respuesta también por escrito dentro del plazo de la Ley. Este derecho también puede ser ejercido, en forma individual, por los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional.
14. De participación individual o colectiva en la vida política del país (artículo 2do Inc. 17 de la Constitución). La participación individual en la vida política, sería por ejemplo: el derecho de sufragio, el de expresión u opinión con contenido político. La participación colectiva se da con el ejercicio de derecho de asociación en partidos políticos, o con la libertad de reunión con fines políticos.
15. A la nacionalidad (artículo 2do de la Constitución). La nacionalidad es el vínculo jurídico- político que se establece entre un hombre que vive en un determinado territorio y un Estado dueño de ese territorio. Los artículos 52° y 53° de la Constitución precisan el derecho de nacionalidad.
16. De tutela procesal efectiva (artículo 139 Inc. 3 de la Constitución). Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgadas por órganos jurisdiccionales de excepción). El artículo 4° del Código Procesal Constitucional define a la tutela procesal efectiva como: “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometida 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”.
17. A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos (artículo 13 de la Constitución Política, correlato de la libertad de enseñanza garantizada por el Estado).
  18. De impartir educación dentro de los principios constitucionales (artículo 13 de la Constitución. Recoge el principio de libertad de enseñanza).
  19. A la Seguridad Social. Este Derecho propio del dominado constitucionalismo social, ha sido incorporado como protegido mediante el amparo, por el Código Procesal Constitucional; y encuentra su correlato en el artículo 10 de la Constitución, en cuanto, el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para que pueda hacer frente a las contingencias que depara la vida.
  20. De la Remuneración y Pensión. El artículo 24 de la Constitución prescribe que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por su naturaleza alimentaria el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. En tanto el derecho a una pensión en sus distintas modalidades, está reconocido en el artículo 11 de la Constitución, en cuanto el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. De lo que resulta siendo inconstitucional que las llamadas AFPs le nieguen el derecho de salir de las mismas, a un afiliado que lo solicite.
  21. De la libertad de cátedra (artículo 18 de la Constitución). Nadie puede ser detenido ni juzgado por lo sostenido o afirmado dentro del magisterio de la enseñanza universitaria, cualesquiera que haya sido el concepto que hubiere vertido. El añadido de rechazo a la intolerancia para unos tiene una connotación del derecho del profesor frente a la casa de estudios; para otros tiene una

connotación de derecho del estudiante a no ser avasallado por un profesor que no permita crítica ni discrepancia en el dictado de su curso.

22. De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35° de la Constitución. Destinado, fundamentalmente, a democratizar el funcionamiento de los partidos políticos y que todos tengan acceso gratuito para la difusión de sus planes y documentos de campaña en los medios de comunicación social de propiedad del Estado. Este derecho ha sido incorporado por el Código Procesal Constitucional como protegido mediante el amparo.
23. De gozar a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Este derecho de los llamados de protección de “intereses difusos” ha sido incorporado por el Código Procesal Constitucional como protegible mediante el amparo. La Constitución lo prescribe en el artículo 2 inciso 22. Cabe advertir que no solo se garantiza el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, sino también se garantiza el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. En cuanto al derecho a la paz como expresión colectiva, Néstor Pedro Sagües expresa que la doctrina de “las cuestiones Políticas no Justiciables”<sup>85</sup> está siendo cuestionada y tiende a disiparse, señala el citado autor que el pueblo de Costa Rica, ganó, frente al ejecutivo, su derecho a vivir en paz (a propósito de la coalición con Irak) mediante una acción de inconstitucionalidad. “La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica pronunciada el 8 de setiembre de 2004, dictada en autos “Zamora Bolaños y otros” sobre acción de inconstitucionalidad, viene a plantear asuntos de sumo interés en cuanto a la evaluación judicial del ingreso de Costa Rica a la “Coalición” liderada por Estados Unidos, Inglaterra y España, entre otras naciones, contra el régimen de Saddam Hussein. La Sala Constitucional, en definitiva dejó sin efecto aquella incorporación [reconoce el derecho a la paz, del pueblo costarricense]. Tal veredicto

85. Doctrina de las Cuestiones Políticas no justiciables: aquella por la cual ciertos asuntos, políticamente comprometedores y riesgosos, se decía no convenía su conocimiento por los jueces, por cuanto podrían alterar la “sana supervivencia de los jueces”, y en suma alterar la “buena marcha” de las políticas del Estado.

importa una verdadera resolución en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (policial questions), y reconoce de modo decisivo las creencias y requerimientos sociales en el examen judicial de constitucionalidad”<sup>86</sup>.

24. A la salud. Es otro de los derechos del llamado constitucionalismo social, que el Código Procesal Constitucional incorpora como protegible mediante el Amparo. La Constitución prescribe este derecho en el artículo 7° todos tienen derecho a la protección de la salud, la del medio familiar y de la comunidad; artículo 9° el Estado determina la Política Nacional de Salud; artículo 11° el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud.

Precisamente en el expediente N° 2495-2003-AA/TC, se declaró procedente un amparo para que se otorgue atención médica a un paciente con VIH-SIDA. Se estableció que los derechos Sociales y Económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación son necesariamente exigibles pues ellos representan los fines sociales del Estado, a través de los cuales el individuo puede lograr su plena realización personal. Por tanto no son meras normas programáticas, sino que todos los derechos en puridad constituyen un complejo integral, único e indivisible.

25. Los demás que la Constitución reconoce (artículo 3 de la Constitución). La lista de derechos protegidos por el Amparo, tiene solo carácter enumerativo; y como quiera que tales derechos son amplios, pueden eventualmente ir en aumento, sea por nuevas interpretaciones, o por nuevos avances sociales, es que se da la posibilidad de incluir a otros derechos. Este inciso recoge la cláusula abierta prescrita por el Art. 3 de la Constitución, en cuanto se precisa que: También son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo 1ro y los derechos “implícitos” es decir aquellos que no se encuentren expresamente reconocidos por la Constitución, pero que derivan de la dignidad del ser humano.<sup>87</sup>

86. SAGÜES, Néstor Pedro; “Convención Nacional Académica de Derecho”, Piura Perú, 2005, p. 128

87. ABAD YUPANQUI, Samuel; Ob. Cit. pp. 130 y 131



## 8.2. PROCEDENCIA (ART. 2, 3, y 4 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

El proceso de Amparo conforme nuestro ordenamiento procesal constitucional, procede:

1. **Cuando se violen los derechos constitucionales por acción u omisión. (Art. 2° del Código Procesal Constitucional).** En este supuesto nos referimos a una lesión o transgresión de un derecho constitucional. Esa situación implica una alteración o restricción, el daño debe ser real, efectivo, concreto e ineludible; se excluyen los perjuicios imaginarios, supuestos o aquellos que están fuera de una percepción objetiva.

- El Art. 1° del Código Procesal Constitucional –en una de sus principales innovaciones– precisa 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 el 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, bajo apercibimiento de multa o destitución, según sea el caso.
- En el modelo anterior si en el transcurso del proceso el agresor cumplía con lo peticionado por el demandante, los Tribunales expresaban que se había producido sustracción de materia y que carecía de objeto pronunciarse sobre el asunto. Igual decisión se producía cuando en el curso del proceso se materializaban actuaciones administrativas que daban por cumplido lo peticionado por el actor.

Por lo general, en el Amparo contra actos de omisión que provoca la vulneración de derechos constitucionales se deben tener en cuenta las siguientes precisiones:

- En el Amparo por omisión se demanda la protección de los derechos constitucionales afectados por la abstención (no hacer) de las autoridades estatales. Se pretende una decisión judicial por la que se ordene a la autoridad estatal cumpla con ejecutar los actos tendientes a proporcionar la tutela que el ordenamiento constitucional reconoce a los derechos fundamentales de las personas.

- La lesión del derecho constitucional debe ser cierta, actual y manifiestamente ilegal.
- Que no existan procedimientos previos o paralelos que puedan subsanar de modo eficaz el acto lesivo (vía igualmente satisfactoria).
- La administración debe haber incurrido en mora, es decir hay “silencios” de la Administración que son ilícitos, porque está vencido el plazo para pronunciarse, o porque el silencio implica una manifestación tácita de voluntad, aprobando o denegando la solicitud puesta a consideración ante la entidad estatal.
- De no haber plazo legal para que el ente estatal se pronuncie o para que ejecute un acto a su cargo, debe existir previo al Amparo un lapso razonable para que el órgano adopte su decisión o cumpla con su obligación.

2. **Cuando se amenacen derechos constitucionales por acción u omisión.** El Amparo opera en principio ante una trasgresión; pero también actúa en circunstancias excepcionales contra una amenaza cuando ello resulta de inminente realización.

**La amenaza materia del proceso de Amparo debe ser cierta y de inminente realización,** (Art. 2° del Código Procesal Constitucional) son los llamados “actos futuros inminentes” referidos a hechos próximos por ejecutarse, es decir pasibles de materialización en un futuro inmediato.

## 8.3. IMPROCEDENCIA (ART. 5 y 47 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus.
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto a su derecho constitucional;

4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el Código y en el proceso de Hábeas Corpus.
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable; Cuando la violación se ha convertido en irreparable (el Amparo no busca ni la sanción ni la reparación del daño. Hay otras vías procesales para estos fines, distintas de las de Amparo).
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia.

Sin embargo, hay que tener presente sobre el punto que el Tribunal Constitucional vía precedentes vinculantes ha instaurado la figura del “amparo contra el amparo”, de la que discrepo por cuanto contradice la naturaleza “urgente” del amparo. ¿De qué urgencia hablamos en esta figura del “amparo contra el amparo”? Esto incluso ha generado posiciones discrepantes al interior del Tribunal Constitucional, como queda expresado en el voto en minoría de LANDA ARROYO y BEAUMONT CALLIRGOS en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC (caso PROVIAS NACIONAL) En dicho expediente se precisa que procede el amparo contra el amparo cuando: Una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento ha sido expedida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, el mecanismo procesal adecuado e idóneo para evaluar ello es la interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202° de la Constitución y el legislador en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión “resoluciones denegatorias” solo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento, y por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado”.

7. Se cuestionen las 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.

8. Se cuestionan las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando afecten derechos fundamentales por violación del debido proceso (En el Exp. N° 007-2007-PI/TC, se declaró inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del Art. 5 numeral 8 del Código Procesal Constitucional). La Constitución Política de 1993 en su Art. 142 prescribe: “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”. En tanto, el artículo 181 estipula que las resoluciones del pleno del Jurado Nacional de Elecciones, son expedidas en instancia final definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.
9. Se trata de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes.
10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de Hábeas Corpus. Para el caso del amparo, el plazo para la interposición de la demanda prescribe a los setenta días hábiles de producida la afectación. Para el caso de amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Y es de treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido (Art. 44° del Código Procesal Constitucional).
11. Cuando la demanda se interpone en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de información, para que se rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

#### 8.4. VÍAS PROCEDIMENTALES ESPECÍFICAS

Siendo que el Código Procesal Constitucional acoge, respecto del amparo, el modelo residual o subsidiario la noción de “vía procedimental específica igualmente satisfactoria” puede, debido a su imprecisión conceptual, generar rechazos por los jueces de las demandas de amparo con el argumento de que existen vía

procedimental específica a la que debe recurrir necesariamente el afectado. Al respecto Sáenz Dávalos, expresa: “La sola existencia de una vía judicial como mecanismo de protección de un derecho constitucional, no significa per se, que la misma sea, en todos los casos y supuestos igualmente satisfactorios, que la estrictamente constitucional. Dicha vía, debe cuando menos y entre otras cosas, dispensar la misma dosis de tutela o satisfacer con igual intensidad la pretensión reclamada, debe contar con un elenco de medidas cautelares supuestamente óptimas como las que ofrece el proceso constitucional y debe tramitarse dentro de plazos similares o elementalmente razonable en cuanto a su periodo de duración”<sup>88</sup>.

Y que hay sobre la posibilidad de considerar a la vía penal como vía específica (vía paralela). En efecto nuevas resoluciones de improcedencia podría escucharse bajo la premisa de la existencia de la vía paralela penal. Sobre el punto, Luís Castillo Córdova expresa: “Si uno de los requisitos que ha de cumplir la vía ordinaria para que constituya vía paralela es que persiga la misma finalidad protectora que la que se alcanzaría con el proceso constitucional entonces la acción penal no tiene posibilidad alguna de convertirse en vía paralela. Ello porque un proceso penal tiene por finalidad investigar hechos con el propósito de determinar responsabilidades penales para así aplicar las correspondientes sanciones. Nada de esto se persigue a través de un proceso constitucional”<sup>89</sup>.

### **8.5. AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS PREVIAS (ART. 45 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)**

El proceso de Amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas (requisito de procedibilidad). Pero, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. Se entiende por vía previa el recurso jerárquico (nivel pre-judicial) que tiene el perjudicado antes de recurrir al Proceso de Amparo. Son vías previas de carácter público los procedimientos administrativos: para el Estado están regulados en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General y para las personas jurídicas privadas están reguladas en sus Estatutos o Reglamentos Internos de cada institución.

88. SAENZ DAVALOS, Luis R.; “Introducción a los Procesos Constitucionales”, Lima Perú, Jurista Editores, 2005, p. 89

89. CASTILLO CORDOVA, Luis; “Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Piura Perú, Ara Editores, 2004, p. 200

- Las vías paralelas, son aquellos procesos ordinarios y especiales de un determinado orden jurídico procesal, que no obstante ser diferente en cuanto al procedimiento procuran al justiciable la consecución de un mismo resultado práctico.
- La diferencia entre vías previas y vías paralelas, están en que las vías previas son de carácter administrativo; en tanto que las vías paralelas son de naturaleza judicial. Las vías paralelas supone la existencia de hasta dos vías (la vía común u ordinaria y la vía constitucional), quien recurre a la vía común no puede intentar la vía constitucional. (Art. 5 Inc. 3 del Código Procesal Constitucional).

### **Excepciones a las vías previas son: (Art. 46° del Código Procesal Constitucional)**

- Cuando una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida (la entidad agresora, puede ejercitar alguna disposición, sin permitir al afectado hacer uso de la reclamación correspondiente. O igualmente, se pretende ejecutar una resolución antes de quedar consentida y ejecutoriada, impidiendo al afectado hacer uso de los recursos impugnatorios).
- Por el agotamiento de la vía previa, pudiere convertirse en irreparable la agresión (puede ser que la vía previa por lentitud del proceso y la programación en el tiempo debido al marasmo burocrático puede convertir la lesión en irreparable. Por lo que procede recurrir de inmediato a la vía judicial).
- La vía previa no se encuentra regulada (es necesario que la vía previa esté reglamentada, con anterioridad a la agresión, estableciendo las instancias, los medios de impugnación, los términos y, sobre todo, garantizando el derecho de defensa del administrado).
- La vía previa ha sido iniciada innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo (para el caso que la agresión provenga de última instancia administrativa, no puede reclamarse válidamente, por no existir instancias superiores).
- No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución (la vía administrativa tiene un término de tramitación, y otro de resolución. Vencido el término de ley sin que el órgano

administrativo se pronuncie, el afectado tiene expedito su derecho para accionar ante el Poder Judicial).

### **8.6. COMPETENCIA: (ART. 51 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)**

#### **- Juez Competente**

Resulta competente para conocer el proceso de amparo, a elección del demandante:

- El Juez Civil del lugar donde se afectó el derecho,
- El Juez del lugar donde tiene su domicilio el afectado.

Por Ley 28946 del 22/12/2006, se modificó el texto original del artículo 51, en cuanto confería competencia también al Juez del lugar donde domicilia el autor de la infracción. Con esta Ley se pretende evitar el uso indiscriminado y malicioso de procesos de amparo por festinación de la competencia territorial.

#### **- Competencia de la Sala Superior**

Para el caso de afectación de derechos, originados por una resolución judicial, resulta competente la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva.

### **8.7. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

Conforme con lo prescrito por los artículos 39 y 40 del Código Procesal Constitucional, están facultados para interponer el proceso de Amparo:

- a. El afectado, en su condición de persona natural o física afectada en sus derechos constitucionales. Puede interponer el proceso directamente o a través de apoderado, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada. Si el afectado no reside en el Perú la demanda de Amparo deberá ser interpuesta por representante acreditado, siendo suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.
- b. La entidad afectada La Constitución en vigor reconoce en puntuales dispositivos derechos fundamentales en cuanto, le

sean aplicables a las personas jurídicas, hay también la llamada legitimación por sustitución, por ejemplo, un sindicato que interviene en defensa de los derechos laborales de sus integrantes. En definitiva las personas jurídicas si tienen legitimación para iniciar el Amparo en caso de atentado a sus derechos constitucionales no inherentes a la naturaleza de la persona. Podría ser el caso de los derechos contenidos en los artículos 2 inciso 13 (derecho de asociación y 17 (derecho de participación en forma individual o asociada, en la vida política social y cultural de la nación); que también para el caso de protección de los llamados derechos constitucionales innominados, o de intereses difusos.

- c. Legitimación de terceros (Cualquier persona sin necesidad de poder expreso, cuando el afectado no pueda interponerla por razones de imposibilidad física, ya sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse ausente del lugar o cualquier otra causa análoga, debiendo el afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerlo, ratificarse en la acción.
- d. Legitimación del defensor del Pueblo, conforme con lo prescrito por el artículo 40° último párrafo del Código Procesal Constitucional.
- e. Legitimación y derecho al medio ambiente sano. Tratándose de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, o de otros derechos difusos puede interponer demanda de amparo cualquier persona. Así también puede hacerlo las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de esos derechos. El derecho al medio ambiente, goza de naturaleza constitucional artículo 2° inciso 22 de la Constitución y art. 37° inc. 23 del Código Procesal Constitucional, constituye uno de aquellos derechos que la doctrina procesal agrupa bajo la dominación de intereses difusos, colectivos o supraindividuales.

### **8.8. LEGITIMACIÓN PASIVA**

Puede ser demandado la autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho constitucional.

Si bien es cierto los derechos fundamentales nacen para hacer frente a amenazas o agresiones de los poderes públicos. Hoy en día enfrenta también las arbitrariedades que pueden cometer los particulares. “De

esta manera, el ámbito de protección del amparo no solo recae en el “poder público” sino también en el “poder privado”<sup>90</sup>.

### 8.9. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

A tenor de lo prescrito por el artículo 44° del Código Procesal Constitucional el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda.

- En caso contrario, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.
- Prescripción de la demanda de Amparo contra Resolución Judicial. El plazo para interponer la demanda de amparo contra resolución judicial, concluye treinta días hábiles de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido.
- En cuanto a la prescripción de la demanda de amparo sobre pensión de Jubilación, en reiterada Jurisprudencia se ha establecido que dada la naturaleza alimentaria del derecho a la pensión de jubilación, y al hecho de que los actos que constituye la afectación son continuados, es decir mes a mes se reitera dicha vulneración; la demanda no caería en causal de improcedencia por prescripción.
- La prescripción, a diferencia de la caducidad, sí admite suspensión o interrupción y no puede ser declarada de oficio, a tenor de lo prescrito por los arts. 1994, 1996 y 1992 y del Código Civil.

#### Reglas que deben observarse, para el cómputo del plazo

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aún cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.

90. ABAD YUPANQUI Samuel B., Ob. Cit. p. 134

- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución. Es el caso de las pensiones de jubilación, donde los actos de afectación son continuados, es decir que mes a mes se vulnera la violación del derecho.
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Solo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella procede.

### 8.10. TRÁMITE DE LA DEMANDA

Conforme con lo prescrito por el artículo 53 del Código Procesal Constitucional, modificado por Ley N° 28946. Admitida la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. (La derogada Ley 23506 establecía un plazo de tres días para contestar la demanda).

El Juez debe admitir el apersonamiento de terceros, que tuviesen interés jurídicamente relevante en el resultado del proceso (litis consorte facultativo) art. 54 del Código procesal Constitucional.

El Juez, luego de admitir la demanda, la notifica. Se han eliminado las contiendas de competencia, la apertura y actuación de pruebas, y otras diligencias propias del juicio ordinario, o llamado “proceso de conocimiento”, sin embargo con las modificaciones introducidas por la Ley 28946; se desnaturaliza, un tanto, la naturaleza urgente del amparo, pues con la aplicación de dicha ley podría producirse un uso indiscriminado de excepciones y defensas previas; incluso dicha norma establece la posibilidad de plantear la nulidad del auto admisorio con el traslado respectivo, lo que producirá un alargamiento de los plazos del amparo.

De las excepciones y defensas previas que se pudiera presentar se corre traslado al demandante por el plazo de dos días, con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, se dictará el Auto de Saneamiento procesal en el que se anule todo lo actuado y se dé por concluido el proceso. Para el caso de que se amporen las excepciones

de incompetencia, litis pendencia, cosa juzgada y caducidad, la apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Si el agresor o infractor es el Estado la notificación se efectuará también al Procurador Público que corresponda. La no participación del Procurador o del Defensor nombrado por la autoridad demandada, no invalida ni paraliza el procedimiento. (Art. 7° del Código Procesal Constitucional).

Tratándose de instituciones públicas con rango constitucional, serán demandadas directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo serán demandadas directamente las entidades que tengan personería jurídica propia. (Art. 7 del Código Procesal Constitucional)

- **La Prueba en el Amparo**

Corresponde al demandante la carga de la prueba, para que el Juez deba proceder a la protección del Derecho Constitucional invocado. El breve trámite de este proceso no contempla la existencia de una etapa procesal definida en la cual puedan ofrecerse o actuarse las pruebas correspondientes. Si se requiere actuar amplio material probatorio, el actor deberá acudir a un procedimiento diferente, obviando al Amparo. La prueba que se adjunta debe ser **inmediata, instantánea y autosuficiente**, vale decir que no requiera de actuación.

La no existencia de etapa probatoria, no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de diligencias que el Juez considere necesario realizar sin dilatar los términos (Artículo 9 del Código Procesal Constitucional).

Según lo prescrito por el Art. 53° del Código Procesal Constitucional, en algo que constituye una ordinarización del proceso de amparo, precisa que el Juez de considerarlo necesario puede, incluso, citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesario.

### 8.11. SENTENCIA

- Dentro de los cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito. Salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.
- Si la demanda se interpone ante la Sala Civil de la Corte Superior, respectiva, se designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio, originados por una resolución Judicial. Luego, la Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda como cuestión previa la expresión de agravios o Vista fiscal. Aquí la Sala Civil actúa como primera instancia, pues ante ella se interpuso la demanda.
- Solo se admite la intervención del Ministerio Público, en el caso de la solicitud de Medida Cautelar que tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional (Art. 15° del Código Procesal Constitucional). Asimismo se concede expresión de agravios en el trámite del recurso de apelación (Art. 58° del Código Procesal Constitucional).
- La sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso, o a un estadio del mismo (instancia). La sentencia podrá reputarse, en su caso, como: improcedente; Infundada (o sentencia desestimatoria); o fundada la demanda (o sentencia estimatoria). En este supuesto la sentencia será una declarativa de condena, ordenando en su caso; la declaración de nulidad de la decisión acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales o la restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales (Art. 55° del Código Procesal Constitucional).
- La decisión final en los procesos constitucionales solo adquiere autoridad de cosa juzgada cuando se pronuncia sobre el fondo. Esta es una innovación respecto de la legislación anterior. “La legislación anterior establecía que solo había cosa juzgada cuando el resultado del proceso era favorable al demandante. Con el Código en vigor habrá cosa juzgada solo cuando exista un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sea este

favorable o no al actor”<sup>91</sup>. Por tanto la sentencia habiendo identidad del sujeto, objeto y causa no podrá discutirse, en principio, en otro proceso de amparo u ordinario.

### **8.12. CONTENIDO DE LA SENTENCIA FUNDADA (ART. 54 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)**

Declarada Fundada la demanda de amparo, la sentencia contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

1. Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
2. Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
3. Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
4. Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.
  - En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

Considero un acierto que se deba precisar los alcances y contenido de la sentencia fundada de amparo para uniformar criterios de los jueces, y lograr una efectiva protección de los derechos Constitucionales. Otras veces, no obstante obtenerse una sentencia fundada de amparo, los actos de vulneración o amenaza del derecho constitucional, por parte del agresor continuaban. Tal situación ha sido salvada por el Art. 60° del Código Procesal Constitucional (procedimiento para la represión de actos homogéneos) “Si tras haberse dado cumplimiento a una sentencia, se reitera actos iguales o similares al cuestionado, será el mismo Juez de ejecución el que los considerará como actos homogéneos disponiendo la aplicación del ámbito de protección del amparo así como la represión de la conducta inconstitucional sobreviviente”<sup>92</sup>.

91. FERNANDEZ CARTAGENA; Ob. Cit., p. 108

92. SAENZ DAVALOS, Luis R.; Ob. Cit., p. 79

### **8.13. RECURSOS IMPUGNATORIOS**

#### **a) Recurso de apelación**

Conforme con lo prescrito por el Art. 58° del Código Procesal Constitucional la sentencia expedida por el Juez de la primera instancia es apelable por cualquiera de las partes, dentro del tercer día siguientes a su notificación. El expediente deberá ser elevado a la Corte Superior en igual término.

El recurso de apelación se funda en el agravio y en la instancia plural que garantiza la Constitución en su artículo 139 inciso 6, permite que el magistrado superior revise el proceso, lo analice, evalúe y juzgue el caso controvertido.

La apelación puede interponerse por cualquiera de las partes: el afectado o el agresor (demandante y demandado), por sí o por medio de apoderado o representante legal, en caso de ser incapaces. Solo son apelables: el auto precautelatorio, (Art. 15° del Código Procesal Constitucional); el auto que rechaza de plano la acción (Art. 47°); la resolución que ampare o desestime una excepción propuesta (Art. 53°); la sentencia (art. 57); la resolución que declara inadmisibles la demanda (Art. 48°); la resolución que declara procedente la represión de un acto homogéneo (Art. 60°). Cualquier otra resolución intermedia no es susceptible de apelación.

El Código Procesal Civil resulta de aplicación supletoria, en todo lo no previsto por el Código Procesal Constitucional, en materia de apelación.

Para asuntos relacionados con el Estado, deberá emplazarse al Procurador Público o al representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Ya no se concede de oficio la apelación (Art. 7° del Código Procesal Constitucional).

- El artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescribe que recibido el expediente por la Sala Superior se notificará dentro de los tres días a las partes para la respectiva expresión de agravios (se puede ampliar la fundamentación incluyendo razones de hecho y derecho que se hayan omitido).

- Dentro de los tres días siguientes, de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.
- El Superior deberá expedir sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores de la vista de la causa, bajo responsabilidad. (Art. 58° del Código Procesal Constitucional).
- Conforme con el prescrito por el Art. 11° del Código Procesal Constitucional los jueces superiores integrarán las decisiones cuando adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión.

#### **b) Recurso de Agravio Constitucional**

A tenor de lo prescrito por el art. 202° inc. 2do de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce, su última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas data y Cumplimiento.

- Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede interponer recurso de agravio constitucional dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.
- Se interpone ante el Presidente de la misma Sala, quien debe, concedido el recurso, remitir el expediente al Tribunal Constitucional dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia bajo responsabilidad. Este resuelve el recurso en el plazo máximo de treinta días (Art. 20° del Código Procesal Constitucional).

#### **c) Recurso de Queja**

Contra el auto que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Si al declarar el Tribunal Constitucional fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad (Art. 19° del Código Procesal Constitucional).

- De considerar, el Tribunal que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso, que ha afectado el sentido de la decisión, decretará la Nulidad y la repone al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio, disponiendo la devolución de los autos al órgano judicial del que procede para que la sustancie con arreglo a derecho.
- Las partes que intervienen ante el Tribunal no pueden alegar hechos nuevos ante éste. El Tribunal conoce en última y definitiva instancia del proceso constitucional de Amparo (Art. 200° inc. 2 de la Constitución). El fallo del Tribunal que estime o deniegue la pretensión de los actores AGOTA LA JURISDICCIÓN INTERNA.

#### **8.14. MEDIDA CAUTELAR EN EL AMPARO**

Conforme con lo prescrito por el Art. 15° del Código Procesal Constitucional, (modificado por Ley 28946), el juez puede conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio. Es decir en cualquier etapa del proceso, puede disponer la suspensión del acto que dio origen al reclamo a pedido de parte, por cuenta y riesgo del solicitante y siempre que sea evidente la apariencia del derecho, el peligro en la demora, y que el pedido cautelar, sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión.

Esta medida cautelar o precautelatorio tiene por finalidad asegurar el cumplimiento y eficiencia de la futura resolución judicial que ponga fin al proceso. Se caracteriza por ser instrumental, provisional, por dar respuesta a necesidades urgentes y evitar el riesgo de daño irreparable como consecuencia de la demora o la conducta de las partes.

En los últimos años ha tenido considerable auge, en la llamada Justicia Constitucional, la medida cautelar innovativa que permite modificar el estado material (situación real) que rodea el proceso y tiende alterar el estado de hecho y de derecho existente antes de su petición.

Esta medida exige como presupuestos la verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*); el peligro en la demora (*periculum in mora*) y que la situación sea presentada de tal manera que el juzgador considere que, de no conceder la medida cautelar,



se producirá un daño o perjuicio que no tendrá forma de resarcirse. La medida de suspensión no implica la ejecución de lo que es el fondo mismo del proceso de Amparo.

Se dicta la medida cautelar sin conocimiento de la otra parte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo. Se ha eliminado, acertadamente, el traslado por un día y la intervención del Ministerio Público, salvo en el caso de solicitud de medidas cautelares que tengan por objeto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

- Solicitud de Medida Cautelar para dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, luego de admitida se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida; tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.
- Es de aplicación supletoria lo dispuesto por el Título IV (Proceso Cautelar) de la sección quinta (Procesos Contenciosos) del Código Procesal Civil, con excepción de los Arts. 618° (Medida anticipada), 621° (Sanciones por medida cautelar innecesaria), 630° (Cancelación de la medida cautelar), 636° (Medida fuera del proceso), y 642° al 672° (Medida para la futura ejecución forzada).
- De lo que resultaría procedente la anotación de la demanda cautelar en los Registros Públicos, tratándose de derechos inscritos.

### 8.15. AMPARO CONTRA NORMAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

Conforme con lo prescrito por el Art. 3° del Código Procesal Constitucional, modificado por Ley 28946, cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además la inaplicabilidad de la citada norma. (control difuso).

Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia resulta inmediata e incondicionada. Aquí cabe

hacer la distinción entre normas autoaplicativas u operativas; y las denominadas normas heteroaplicativas o programáticas. Las primeras se caracterizan por tener vigor (vigencia) y eficacia (la norma efectivamente se cumple, sin necesidad de actos concretos de aplicación). Las segundas tienen vigor (vigencia), pero para su eficacia se requieren actos concretos de aplicación. Coello Cetina, Rafael; citado por Abad Yupanqui expresa que son normas autoaplicativas “Las que desde el momento en que entran en vigor vinculan a los gobernados a su cumplimiento, en virtud de que crean, transforman o extinguen situaciones jurídicas concretas de derecho, sin que tal vinculación se condicione al dictado de un diverso acto de autoridad, a la realización de un acto jurídico por los propios sujetos de la norma o a un hecho jurídico ajeno a la voluntad humana”<sup>93</sup>.

En cambio, son normas heteroaplicativas “o de individualización condicionada las que establecen obligaciones de hacer o de no hacer que no surgen en forma automática con su sola entrada en vigor, sino que requieren para actualizar el perjuicio de un acto diverso que condiciona su individualización”<sup>94</sup>

Si bien no cabe plantear proceso de Amparo contra las normas generales, si se puede accionar, en todo caso, contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas.

El Amparo no se utiliza directamente contra leyes, sino únicamente contra actos u omisiones, pero ello no impide que se accione contra actos arbitrarios sustentados en normas, y adicionalmente se pide la inaplicación de una ley con efectos inter partes (Artículo 138° de la Constitución. Control abstracto de Normas de tipo difuso)

- A su vez el Art. 4° del Código Procesal Constitucional prescribe la procedencia del amparo respecto de resoluciones judiciales. Así, señala que el Amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva.

La tutela procesal efectiva es 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

93. ABAD YUPANQUI, Samuel B; Ob. Cit., p. 137.

94. ABAD YUPANQUI, Samuel B; Ob. Cit., p. 137.

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, de 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 la legalidad procesal penal.

Al principio, cuando se permitió el Amparo contra resoluciones judiciales se generó un excesivo número de procesos de amparo, lo cual estaba relacionado con la llamada crisis de la Administración de Justicia, convirtiéndose en un juicio contradictorio del proceso ordinario, como una suerte de “tercera instancia”, y se entendía al proceso de Amparo como un sucedáneo del proceso civil, laboral, administrativo, etc. Situación que se pretende resolver con el cambio del modelo de amparo optativo por el subsidiario o residual.

El Código Procesal Constitucional no ha considerado necesario hacer mención, a la no procedencia del Amparo dentro de un procedimiento regular que señalaba la derogada Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo en su Art. 3ro. Pero, en equivalencias, hace mención a la procedencia del Amparo, respecto de resoluciones judiciales dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Como tal el Código, respecto del amparo contra resoluciones judiciales acoge la tesis débil o restringida, por ésta se sostiene que no interesa el órgano de donde provenga la vulneración de los derechos fundamentales, **se requiere únicamente la constatación de la violación, por sobre la certeza de la cosa juzgada.**

## 9. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA:

### PRECEDENTE VINCULANTE

#### COMENTARIO

En este precedente vinculante –Caso Anicama Hernández– el Tribunal Constitucional delimita los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones, que por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a la pensión de jubilación o estar directamente relacionados a él, 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.

#### EXPEDIENTE N° 1417-2005- AA/TC

#### LIMA

#### MANUEL ANICAMA HERNANDEZ

#### 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; Gonzáles 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 periodos de aportación no pierden validez, y que sumados sus periodos 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 de 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 Hábeas

Corpus (libertad individual y derechos conexos) y el Hábeas Data (acceso a la información y autodeterminación informativa). En tal sentido, es presupuesto para la procedencia del Proceso de Amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

### \$1. Los derechos fundamentales de la persona humana

2. El concepto de derechos fundamentales comprende:

“Tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad 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 él fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° 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- al derecho a la dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1°) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2°, prevé en su artículo 3° 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 solo 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. (...) el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentran vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al de los 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 (CPCons), 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 éste no procede:

“en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

En estricto, pues, con los dispositivos citados, el legislador del 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 Hábeas 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 38° 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 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79° 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 correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

### **§2.2. Los derechos fundamentales de configuración legal**

11. 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 27° de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976- 2001-AA. Fundamento 11 y ss.) o en 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 que non para la culminación de la delimitación concreta del contenido atribuible al derecho fundamental.

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

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

En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido

esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

### **\$2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales**

13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no 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 éste.

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, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33).

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

#### **\$2.4 El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**

20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero: “en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el 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 que el contenido esencial se mantenga incólume.

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores

y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio- derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (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 Hábeas Corpus o el Hábeas Data).
27. Así las cosas, la estimación en un proceso constitucional de las pretensiones que pretendan hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental, se encuentran condicionadas, cuando menos, a las siguientes exigencias.

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

Por ejemplo, no sería válida la pretensión que amparándose en el derecho constitucional a la libertad de expresión, reconocido en el inciso 4) del artículo 2° 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 7 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 2° constitucional.

- b) A que en los casos de pretensiones válidas, 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 él. Y, contrario sensu, resultará improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En efecto, dado que los procesos constitucionales de la libertad son la garantía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no pueden encontrarse orientados a la defensa de los derechos creados por el legislador, sino 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 200° de la Constitución y del



artículo 38° 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 él directamente vinculados, no tienen sustento directo en la fuente legal, sino, justamente en la disposición constitucional que reconoce el respectivo derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso tener presente que prima facie las 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 cuando se le está vulnerando” (Von Munch, 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 10° de la Constitución reconoce: “el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección

frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Por su parte, el artículo 11° 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 reiterados 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 celo constitucional orientado a la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, en los siguientes términos: (...) la defensa de la persona humana y 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 11º de la Constitución no tiene la naturaleza de una norma jurídica tradicional, pues se trata de una disposición de textura abierta que consagra un derecho fundamental; en esa medida hace referencia a un contenido esencial constitucionalmente protegido, el cual tiene como substrato el resto de bienes y valores constitucionales; pero a su vez, alude a una serie de garantías que no conforman su contenido irreductible, pero que son constitucionalmente protegidas y sujetas a desarrollo legislativo –en función a determinados criterios y límites–, dada su naturaleza de derecho de configuración legal.” (STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI; acumulados. Fundamento 73).
34. Referir que el derecho fundamental a la pensión es uno de configuración legal, alude a que la ley constituye fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental y dotarle de plena eficacia.

En efecto tal como ha establecido el Tribunal Constitucional:

“Si bien la expresión normativo-constitucional de un derecho le confiere el sentido de jurídicamente exigible y vinculante al poder político y a los particulares, no se puede soslayar que parte de la plena eficacia de determinados derechos constitucionales se

encuentra sujeta al desarrollo que de estos pueda hacer el legislador, cuyo ámbito de determinación es amplio, sin que ello suponga la potestad de ejercer arbitrariamente sus competencias.

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

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que 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 37° 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 11°) con los principios y valores que lo informan, es el que permite determinar los componentes de su contenido esencial. Dichos principios y valores son el principio-derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad.
37. En base a dicha premisa, sobre la base de los alcances del derecho fundamental a la pensión como derecho de configuración legal y de lo expuesto a propósito del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales, este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del Proceso de Amparo:
- a) En primer término, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al 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 que se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.
  - b) En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de Amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

Tal como ha tenido oportunidad de precisar la Corte Constitucional colombiana, en criterio que este 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 insustituibles 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 sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.

Por ello, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional es denominado “pensión mínima”, asciende a S/. 415,00 (Disposición Transitoria

de la Ley N° 27617 e inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449), el Tribunal Constitucional considera que prima facie, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto, deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes en relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

- d) Asimismo, 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 103° de la Constitución, respectivamente.

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

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

#### **§6. Análisis del agravio constitucional alegado**

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

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

#### **42.1. Edad**

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

#### **42.2. Años de aportaciones**

1. Copia de la Resolución N° 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 95º 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.
2. Copia de dos Certificados de Trabajo expedidos por Motor Perú S.A. en el año 1992, en papel membretado y en formato del IPSS, y adicionalmente, otro Certificado de Trabajo otorgado en el año 1994 por Motor Perú S.A. en liquidación, en todos los cuales se certifica que el demandante trabajó en la empresa desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 25 de mayo de 1992, es decir, por un periodo de 19 años, 2 meses y 20 días.

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

1. Copia de la Resolución Sub- 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 aún 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 9º 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 el 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 desarrollado en el Fundamento 37 supra. Ello, en su momento, se encontraba plenamente justificado en aras de proyectar desde la jurisprudencia de este Colegiado las pautas de interpretación que permitan convertir al sistema de seguridad social, y, concretamente, al derecho fundamental a la pensión, en uno plenamente identificado con los principios constitucionales que lo 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 de flexibilidad al momento de decidir las causas que merecen un pronunciamiento por parte de la jurisdicción constitucional, sobre todo en aquellas latitudes en las que ésta tiene reciente data. 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 11° 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 II del Título preliminar del Código Procesal Constitucional establece la obligación del juez constitucional de “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

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

49. El precedente sentado es de vinculación inmediata, motivo por el cual a partir del día siguiente de 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 1° 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 el proceso contencioso administrativo a efectos de dilucidar el asunto controvertido.

En tal perspectiva, el artículo 3° 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 8° y 9° 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 de domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnada, a elección del demandante.

**§9. Reglas procesales aplicables a las Demandas de Amparo en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en esta sentencia**

54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 supra, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el Proceso de Amparo en primera instancia), quién 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 2° 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 otra parte, en aplicación del principio pro actione que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente,



el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.

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

56. Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18° de la Ley N° 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.
57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2° 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”

58. Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales

circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes; máxime si el artículo 22° 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 29° 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**

59. Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante –en criterio que mutatis 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 encuentran en la obligación de considerar el inicio de cómputo de los plazos de caducidad previstos en el artículo 17° 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**

60. Es preciso enfatizar que los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado.
61. Finalmente, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Judicial a aumentar el número de 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 CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de amparo que sea presentada o que se 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

**PRECEDENTE VINCULANTE****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.

**EXPEDIENTE N° 0206-2005- AA/TC****HUARA****CÉSAR ANTONIO BAYLLON FLORES****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Antonio Bayllon Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huara, 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, contemplado 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 y arbitrariedades.

El Tercer Juzgado Civil de Huara, 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 al régimen laboral privado como al público. El Tribunal Constitucional se ratifica en tales criterios y reitera su carácter vinculante para la resolución de los casos en materia laboral que se resuelvan en sede constitucional u ordinaria.
  - 2) En esta oportunidad y 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 formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos, que, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, constituirán precedentes vinculantes.
- Vía procedimental igualmente satisfactoria para la protección del derecho al trabajo y derechos conexos en el régimen laboral privado**
- 3) La vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiaridad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5°, 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 especificó asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales le corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría firmar que solo el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aun, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°.
- 6) Consecuentemente, solo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para 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 indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.
- 9) Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos 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 28°, 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 11° del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1° 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 23° 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 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° 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 reenumeraciones 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 reenumeración en la oportunidad correspondiente, salvo las razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador
  - b) La reducción inmotivada de la reenumeración 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 reenumeraciones, 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 contencioso 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 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 se hizo una rebaja en el cobro del servicio al señor Estanislao Loyola Hurtado; y que se cometieron irregularidades en la facturación del cliente Molitalia S.A. por la instalación de un medidor y la conexión de agua.
- 30) El recurrente niega tales imputaciones y afirma que se deben a los defectos del sistema informático; asimismo, refiere que a nivel de la Fiscalía se decidió archivar la denuncia penal por los mismos hechos, puesto que no se comprobó responsabilidad penal, alguna. Independientemente de las responsabilidades civiles o penales, el Tribunal Constitucional estima que, en el presente caso, de los actuados se advierte la existencia de hechos controvertidos, relativos a la declaración de responsabilidad del demandante en la causa justa



de despido, cuya dilucidación no es posible en el proceso de Amparo por su anotato 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 expeditivo del proceso de Amparo.
- 33) Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 7 a 25 supra, constituyen precedente vinculante, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de Amparo.
- 34) Con ello, el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de Amparo a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna 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 4° inciso 6 y 25 de la Ley N° 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. N° 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.

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

**10. MODELO DE DEMANDA**

Sec.-

Expediente N°.- 2003-

Escrito N°.- 01

**PROCESO DE AMPARO****Sr. Juez Especializado Civil de Turno:**

JOSE MARIA MENDOZA IPANAQUÉ, identificado con DNI 03323361, con dirección domiciliaria en Caserío Carrasquillo S/N- Morropón; con domicilio procesal en calle Lima 450 Ofic. 203 – Piura, a Ud. digo:

**I. PETITORIO**

Que, interpongo PROCESO DE AMPARO contra la Resolución N°000004893-2001-ONP/DC, de fecha 28/05/2001 Expediente N° 002-00088800, por la que la Oficina de Normalización Previsional, resuelve denegar la pensión de Jubilación solicitada por el recurrente JOSE MARIA MENDOZA IPANAQUÉ; por atentarse contra mi Constitucional Derecho a la Seguridad Social; prescrito por los Art. 10, 11 y 12 de la Constitución Política del Perú; esto es mi denegatoria de la Pensión de Jubilación por Ley y Justicia solicité, y pido por la presente se declare FUNDADO mi pedido de jubilación.

Dirijo la presente contra el Jefe de la Oficina de Normalización Previsional; a quien se le deberá notificar en la ONP – Lima sito en Av. Bolivia N° 144, piso 17, Torre del Centro Cívico y Comercial de Lima, librándose el Exhorto respectivo, al Juez de dicha ciudad.

**II. HECHOS IRREGULARES QUE FUNDAMENTAN EL PRESENTE PROCESO:**

- 1ro. Que, por Resolución N° 04893-2001-ONP/DC, de fecha 28 de mayo 2001, se ha denegado la pensión de Jubilación que solicité; en razón de que solo me reconoce un total de 1 mes de aportación al Sistema Nacional de Pensiones. (Pese, haber aportado 26 años). Asimismo, arbitrariamente, disponen que las aportaciones efectuadas y acreditadas durante los años de 1941 hasta 1945 y 1948 no se consideran (pierden validez) de conformidad con el Art. 23 de la Ley 8433. En tanto que las aportaciones efectuadas y acreditadas

de los años 63 y 72 no se consideran y (pierden validez) de conformidad con lo dispuesto por el Art. 95 del Reglamento de la Ley 13640. Es decir con interpretaciones arbitrarias de la Ley, fundamentan la denegatoria de la pensión de jubilación solicitada.

2do. Que, por Declaración Administrativa, emitida por la Oficina de Normalización Previsional de fecha 31/10/2003 y notificada al recurrente con fecha 21/11/03, conforme prueba documental que adjunto se dio por firme la Resolución de denegatoria (no notificada formalmente al recurrente) y por agotado el proceso administrativo, quedando expedito el camino para interponer la presente Acción de Garantía.

### III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

- Arts. 10, 11 y 12 de la Constitución Política del Perú, en cuanto establecen Jerarquía Constitucional para el Derecho a la Seguridad Social; llamado actualmente Derecho Previsional; por el que el Estado reconoce el Derecho Universal y Progresivo de toda persona a la Seguridad Social, para su protección frente a las contingencias de la vida. El Estado garantiza el Derecho a la obtención de una pensión de jubilación; como es el caso que el recurrente solicita, habiendo cumplido los requisitos de Ley para acceder a la misma.
- Art. 37 inciso 20 del Código Procesal Constitucional en cuanto prescribe que es atendible vía proceso de Amparo; el derecho de remuneración y pensión.
- Las leyes 13640 y 8433 han sido derogados por el Decreto Ley 19990; y conforme al Art. 57 del D.S. 011-74 TR (Reglamento del Decreto Ley 19990): "LOS PERIODOS DE APORTACION NO PERDERAN SU VALIDEZ".

### IV. MEDIOS PROBATORIOS

#### Documentos:

- Solicitud de Pensión de Derecho Propio, de fecha 21/11/2000; de inicio de trámite de Jubilación.
- Resolución N° 04893-2001-ONP/DC, denegatoria de pensión de jubilación de fecha 07/02/2003.
- Declaración Administrativa de fecha 28/08/2004, notificada con fecha 17/09/03, declarando concluido la vía administrativa.

- Comentarios especializados respecto de la plena validez de aportes, los mismos que no caducan.

### V. ANEXOS:

- 1A. Copia del DNI del recurrente (01 folio).
- 1B. Solicitud de Pensión de Derecho Propio, de fecha 21/11/2000; de inicio de trámite de Jubilación.
- 1C. Resolución N° 04893-2001-ONP/DC, denegatoria de pensión de jubilación de fecha 07/02/2003.
- 1D. Declaración Administrativa de fecha 28/08/2004, notificada con fecha 17/09/03, declarando concluido la vía administrativa.
- 1E. Comentarios especializados respecto de la plena validez de aportes, los mismos que no caducan.

Por lo expuesto:

Sírvase admitir la presente; declarándola Fundada, en su oportunidad.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.

#### **1. CUESTIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES**

- El vertiginoso avance de la informática y su uso cada vez más generalizado plantea nuevos retos para la tutela de los derechos fundamentales. En tal sentido, derechos como la intimidad, el honor y la dignidad de las personas; pueden verse afectados por el registro y uso indebido de la información contenida en banco de datos. “La información actualmente consignada y sistematizada en banco de datos informatizados proporciona a sus detentadoras una importantísima cuota de poder, denominada cada vez con mayor frecuencia “Poder Informático”. Cuando alguien cuenta con poder y no tiene límites en el ejercicio del mismo (o no es posible sanción alguna si incumple con sus responsabilidades o invade competencias y vulnera competencias de otras), pronto puede caer en la tentación de abusar de él. Ello también es factible que suceda ante el uso del “poder Informático”, haciéndose indispensable tomar de inmediato urgentes previsiones al respecto”<sup>95</sup>. El Hábeas Data, justamente, aparece para controlar el llamado “poder informático” para que se respete la esfera de intimidad de la persona.
- El desarrollo conceptual y experiencias más destacadas de protección al derecho a la intimidad, aparecen en Estados Unidos y en el Reino Unido a partir de la definición del derecho a la privacidad; por parte de los jueces Cooley, Warren y Brandeis, como el “derecho a ser dejado en soledad”, es el punto de partida para la protección de los datos de índole personal.

---

95. ESPINOZA SALDAÑA BARRERA, Eloy; Ob. Cit., p. 119 y 120.

- Precisamente, en Estados Unidos un conjunto sistemático de normas para el manejo de bancos informáticos, regula el tratamiento de tales datos. A partir de la promulgación, en 1966, de la Freedom of Information Acta (toda información en manos del Estado le pertenece al pueblo) los poderes públicos convirtieron en accesible para toda comunidad datos e informaciones mantenidas en absoluto secreto desde antaño. Posteriores reformas legislativas, aprobadas entre 1974 y 1986, han posibilitado la regulación de aspectos diversos en relación con la libertad de información.
- El primer texto de protección de datos es el “Land de Hesse” (Alemania, 1970). En el contexto internacional se cuenta con el “Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal” de 1981; a partir de ello el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad ha ido en aumento como lo veremos en seguida.
- La Constitución de Portugal de 1976, en el artículo 35º precisa el tratamiento que debe darse a la utilización de la informática. El inciso 1), en particular dice: “Todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de datos contenidos en ficheros o registros informáticos a su respecto, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de los dispuestos por las leyes sobre secretos de justicia”. El inciso 2), agrega: “Está prohibido el acceso a ficheros y registros informáticos para conocer datos personales de terceros, o por interconexión, salvo los casos excepcionales previstos en la ley”. El tercer inciso profundiza el tema señalando: “la informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referidos a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada cuando se trate de procesamiento de datos estadísticos que no se identifiquen individualmente”.
- En España, la garantía está prescrita en su carta constitucional, en el artículo 18.4 al indicar que: “La Ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.
- En Latinoamérica: La Constitución Brasileña de 1988 – estableció por primera vez el nombre de Hábeas Data – (Artículo 5º numeral LXXII): dispone conceder el Hábeas Data: “a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del demandante., que consten en registro o bancos de datos de entidades gubernamentales o de

carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.

- Constitución Colombiana de 1991 (Artículo 15º) prescribe: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos respetarán la libertad y las demás garantías consagradas en la Constitución, la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante el orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

## 2. EL PROCESO DE HÁBEAS DATA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

- **Constitución Política de 1993**, como norma sustantiva define este proceso en el Art. 200 inc.3, señala que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Art. 2do inc. 5 (Solicitar información de cualquier autoridad pública) y 6 (No suministro de informaciones que afectan la intimidad personal y familiar).
- El Código Procesal Constitucional, como norma adjetiva, en sus Arts. 61º al 65º establece las normas procedimentales aplicables para este proceso.

### 2.1. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

Es un proceso constitucional que procede contra un hecho u omisión, de parte de cualquier funcionario, persona o autoridad que vulnera o amenaza los derechos a solicitar información de cualquier entidad pública y a impedir que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren información que puede afectar la intimidad personal o familiar. (Derecho a la autodeterminación informativa).

La intimidad, el honor o la dignidad de las personas pueden verse afectados por el registro y uso indebido de la información contenida en banco de datos.

El Hábeas Data es un proceso relativamente nuevo en la Jurisdicción Constitucional. Es uno de los procesos constitucionales más modernos, aunque se la denomine mitad en latín y mitad en inglés. En efecto, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del Hábeas Corpus, en el cual el primer vocablo significa “conserva o guarda tu...”, y del inglés “Data”, sustantivo plural que significa información o datos”.

Ante el vertiginoso avance de la informática, surge la necesidad de proteger los datos personales. Incluso se habla de la aparición de un nuevo derecho fundamental al que Pérez Luño denomina “Libertad Informática” y que el Tribunal Constitucional Alemán califica como “derecho a la autodeterminación informativa”, que pueden ser lesionado por el llamado Poder Informático. Este nombre también ha sido acogido por el Tribunal Constitucional Peruano “El nuevo derecho al que hacemos referencia (Derecho a la autodeterminación informativa) contaría entonces con dos dimensiones muy importantes: una negativa, vinculada a la posibilidad de que cualquier persona tendría que rechazar la intromisión de extraños en su vida privada; y otra positiva, referida más bien a la facultad que todos poseeríamos para controlar que es lo que se dice sobre cada uno de nosotros en ficheros de titularidad pública o privada (lo que en términos más técnicos se conoce como un derecho de autotutela de nuestra propia identidad informática frente a los demás)”<sup>96</sup>.

## 2.2. TIPOS DE HÁBEAS DATA

Conforme con Néstor Pedro Sagües, citado por Eloy Espinoza – Saldaña<sup>97</sup>, podemos establecer una tipología de modalidades o variantes del Hábeas Data atendiendo a sus objetivos, del siguiente modo:

1. **Hábeas Data Informativo.** Se denomina así al que, responde al propósito original de este proceso constitucional, es decir procura solamente recabar información obrante en un registro o banco de datos públicos o privados. Información requerida por el demandante y que en un principio le fuera negada. Tiene los subtipos siguientes:

96. ESPINOZA SALDAÑA BARRERA, Eloy; Ob. Cit., p. 120

97. Cfr. ESPINOZA SALDAÑA BARRERA, Eloy; “El Hábeas Data en el Derecho Comparado y en el Perú y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país”, en Derecho Procesal Constitucional; CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora); Jurista Editores, Lima – Perú, 2004; Tomo II; p. 892

- **Hábeas Data Exhibitorio:** Destinado para conocer ¿qué se registra?. Su finalidad es “tomar conocimiento de los datos” referidos a la persona que promueve la acción. Tenemos como ejemplo de este subtipo el Hábeas Data expedido en el Expediente 2579-2003-HD/TC. Caso Arellano Serquén, Julia. El Tribunal Constitucional interpretó que es arbitrario negarle a la persona solicitante información referida a ella misma; en cuanto la solicitante peticionaba información al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), referente al proceso de evaluación a la que fue sometida en su condición de magistrada y que concluyó en su no ratificación en el cargo de Vocal Superior Titular.
  - **Hábeas Data Finalista:** Persigue indagar para qué y para quién se registran los datos.
  - **Hábeas Data Autoral:** Su finalidad es averiguar respecto de quién obtuvo los datos que obran en el registro. Se puede preguntar sobre el productor, gestor o distribuidor de datos.
2. **Hábeas Data Aditivo.** Tiene por finalidad agregar más datos a los que ya constan en el respectivo registro. El caso más común es el de actualizar datos (subtipo actualizador). Es el caso de un condenado que ya cumplió su condena y que fue rehabilitado, y no obstante aparece en el registro como que tiene una condena.
  3. **Hábeas Data Rectificador:** Persigue corregir errores en los registros, es decir sanear datos inexactos, falsos o erróneos.
  4. **Hábeas Data Reservador:** Su propósito es asegurar la “confidencialidad” de ciertos datos proporcionados por la persona para fines específicos. Aquí, el dato es cierto y es legal su conservación por parte del Registro respectivo, pero se puede – potencialmente– causar daño con su divulgación, por ello se ordena al titular del registro que lo conserve en secreto, para su uso exclusivo o para su empleo específico en los fines legales correspondientes. Es el caso de la información proporcionada a ciertas entidades y que se cautela mediante el secreto bancario y el tributario.
  5. **Hábeas Data cancelatorio o exclutorio:** Persigue la eliminación o exclusión de aquellos datos que configuran información sensible, y que de modo razonable no deberían estar registrados, por atentar contra la dignidad de la persona, y que pueden llevar

a situaciones discriminatorias. Es el caso de información referida a aspectos relacionado con el comportamiento sexual, datos raciales, ideas políticas o gremiales, etc.

### 2.3. DERECHOS PROTEGIDOS

#### 1. El Derecho de acceso a la información

Es el derecho a solicitar y obtener información pública (Constitución Artículo 2 Inciso 5). Se pretende acceder a información en poder de entidades públicas. (conformantes de la Administración Pública: Poder Ejecutivo incluye Ministerios y Organismos Públicos; Poder Legislativo y Poder Judicial). Con las excepciones del caso, por ejemplo las que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, etc.

#### 2. El Derecho a la autodeterminación informativa

Configura el derecho de impedir se expida y divulgue información que afecte la intimidad personal o familiar (Constitución artículo 2do inciso 6 se protege el derecho a la intimidad personal y familiar).

- El Derecho de réplica o rectificación (artículo 2do inciso 7 de la Constitución), ha sido excluido de los derechos que protegía inicialmente el Hábeas Data. El derecho de rectificación por informaciones inexactas o agraviantes puede ejercitarse vía proceso de amparo, acreditando la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación social; o a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las informaciones consideradas inexactas o agraviantes.

### 2.4. EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. En circunstancias y para el caso que la información solicitada afecte la intimidad personal o familiar.
2. Las que expresamente se excluyen por ley. En su caso el secreto bancario que está regulado por la “Ley General del Sistema

Financiero y de Seguros” y la reserva tributaria regulada por el Código Tributario.

3. Las que se excluyen por razones de seguridad nacional.

Como tal “este derecho no es absoluto. De acuerdo con el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, las excepciones a su ejercicio pueden estar referidas a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional y las que expresamente se excluyen por ley”<sup>98</sup>.

En contrapartida y para erradicar la mala práctica de ocultar información “cultura del secreto”, por parte de las entidades públicas. Se dio la Ley N° 27806 y su modificatoria Ley 27920 de Transparencia y Acceso a la Información Pública que distingue tres niveles de información: a) Secreta (militar y de inteligencia); b) reservada (ámbito policial y de relaciones exteriores); c) confidencial (intimidad secreto bancario, reserva tributaria, etc); esta ley además establece los plazos de clasificación como tal, y un procedimiento de desclasificación.

### 2.5. REQUISITO ESPECIAL DE LA DEMANDA

A tenor de lo prescrito por el Art. 62° del Código Procesal Constitucional para la procedencia del Hábeas Data se requiere que el demandante previamente haya reclamado, con un documento de fecha cierta, el respeto de los derechos presuntamente transgredidos y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución. (a solicitar expresión de causa la información que se requiera). O dentro de los dos días si se trata de derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución (a que los servicios informáticos, no suministren informaciones que afecte la intimidad personal y familiar).

Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir daño irreparable, que deberá ser acreditado por el demandante.

98. ABAD YUPANQUI, Samuel B.; Ob. Cit., p. 142

No es necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir. Se ha eliminado el requisito de requerimiento por conducto notarial con una antelación no menor de 15 días calendarios, que estipulaba la derogada Ley 26301.

## **2.6. LEGITIMACIÓN ACTIVA**

Las personas facultadas para interponer el proceso de Hábeas Data son los agraviados por un acto u omisión que vulnere los derechos de acceso a la información pública o de autodeterminación informativa. También lo pueden ejercitar sus representantes legales.

## **2.7. LEGITIMACIÓN PASIVA**

La demanda puede estar dirigida tanto contra entidades públicas como privadas, pues se refiere a los servicios informáticos públicos o privados.

Por Ley de Reforma Constitucional N° 26470 de abril de 1995, se modificó el artículo 200° inciso 3) de la Constitución que regula el Hábeas Data, dejándose fuera de la protección de este mecanismo el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, relativo al derecho a la rectificación en los medios de comunicación, esto para impedir la colisión entre el derecho a la rectificación con el derecho a la libertad de expresión.

La demanda se entenderá con el representante legal de la autoridad, entidad o persona jurídica a la que se emplaza, salvo que se trate de una persona natural, en cuyo caso esta será emplazada directamente.

## **2.8. JUEZ COMPETENTE Y COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL SUPERIOR**

Conforme con lo prescrito por el Art. 51° del Código Procesal Constitucional (Normas del proceso de amparo, de aplicación supletoria, al presente); es competente:

El Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho (o lugar donde se encuentran ubicados los archivos informáticos); o donde tiene su domicilio el afectado, a elección del demandante. Si la afectación de derechos se origina por resolución respecto de archivos judiciales (jurisdiccionales, funcionales o administrativos) cualquiera

que sea la forma o medio en que estén almacenados, guardados o contenidos, conocerá la demanda la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia respectiva la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agraviado.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.

## **2.9. MEDIDA CAUTELAR**

Conforme con lo prescrito por el Art. 15° del Código Procesal Constitucional, se puede conceder en el proceso de Hábeas Data medida cautelar de suspensión del acto violatorio, en su caso el evitar que los servicios informáticos proporcionen información que afecte la intimidad personal o familiar. Tendrá que alegarse la apariencia del derecho y el peligro en la demora.

## **2.10. SENTENCIA**

La sentencia consentida o ejecutoriada, tratándose del hábeas Data informativo, se limitará a ordenar el otorgamiento de la información previamente solicitada por el demandante y que ha sido señalada al momento de interponer la demanda, guardando la correspondiente proporcionalidad y razonabilidad, de modo inmediato al cumplimiento de lo ejecutoriado, bajo apercibimiento de Ley.



### 3. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

#### COMENTARIO

#### HÁBEAS DATA: ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Mediante esta sentencia expedida en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, EL Tribunal Constitucional estableció que es arbitrario e ilegal negarle a la persona solicitante información referida a ella misma y que no es constitucionalmente tolerable que la declaración de confidencialidad de la información solo se legitime en la reserva legal, en tanto el Estado no cumpla con demostrar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique se mantenga la reserva, secreto o confidencialidad de la información pública solicitada, y a su vez que mediante tal reserva puede servirse efectivamente el interés constitucional que la justifica. En tal sentido, debe entenderse que la restricción al acceso de la información establecida en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) referida a los “particulares” no alcanza al titular de los actos consignados en el registro del CNM, en este caso la persona sometida a proceso de rectificación.

Asimismo, por tratarse de una disposición que restringe el ejercicio de un derecho constitucional, no cabe interpretación extensiva.

En esta sentencia el TC utilizó la técnica del “**estado de cosas inconstitucionales**”, desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, vale decir interpretó que los alcances de la sentencia dictada repercuten más allá de los sujetos de la relación procesal, por lo que conminó al órgano público transgresor para que cese la acción u omisión violatoria por tener características de vulneración generalizada de derechos fundamentales de personas ajenas al proceso constitucional promovido.

#### EXPEDIENTE N° 2579-2003-HD/TC

#### LAMBAYEQUE

#### JULIA ELEYZA ARELLANO SERQUEN

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los seis días del mes abril de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoye y González Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia.

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Julia Eleyza Arellano Serquén, Vocal Superior cesante del Poder Judicial, contra la resolución de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 168, su fecha 21 de agosto de 2003, en el extremo que declaró improcedente la acción de Amparo de autos respecto de la entrega de copias del informe de la comisión permanente de evaluación y ratificación.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 5 de setiembre de 2002, la recurrente interpone acción de Hábeas Data contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con el objeto que se le proporcione la información denegada mediante la carta notarial de fecha 5 de julio de 2002, respecto: a) el informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre la conducta e idoneidad en el cargo que ejercía la recurrente como Vocal Superior del Distrito Judicial de Lambayeque; b) la copia de la entrevista personal de la solicitante, realizada el 31 de julio de 2001; c) la copia del Acta del Pleno CNM, que contiene la decisión de su no ratificación en el campo mencionado.

Alega que mediante Resolución N° 159-2001-CNM, de fecha 17 de agosto 2001, se decidió no ratificarla en el cargo que ejerce como Vocal Superior Titular del Distrito de Lambayeque, sin que se indiquen las razones ni motivos por las cuales el CNM adoptó dicha decisión.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura señala que la recurrente no puede acceder a dicha información porque el artículo 28 de la Ley N° 26397 –Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura–, no lo permite, debido a que la norma prescribe la reserva respecto a las afirmaciones y deliberaciones que efectúen los miembros de dicho organismo. Agrega que la demandante no ha probado la supuesta afectación de sus derechos constitucionales protegidos por la acción de Hábeas Data.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 4 de febrero de 2003, declara fundada, en la parte de la demanda, ordenando que el CNM cumpla con entregar a la demandante copias del acta de la entrevista personal de fecha 31 de julio de 2001, e improcedente el otorgamiento de copias del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre la conducta e idoneidad de la actora, y del Acta del Pleno del CNM que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo desempeñado.

La recurrida confirma la apelada en el extremo que declara improcedente la entrega de copias del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación y del Acta del Pleno del Consejo y la confirma en el extremo que declara fundada en parte la demanda; revocándola, no obstante, en la parte que dispone que el CNM cumpla con entregar a la demandante copias del acta de la entrevista personal del 31 de julio de 2001, para reformarla y disponer que la entidad antes citada entregue copias del video de la entrevista personal de la demandante.

## FUNDAMENTOS

### \$1. Petitorio

1. La recurrente pretende que la emplazada le proporcione: a) copia del informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación sobre su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior Titular del Distrito de Judicial de Lambayeque; b) copia de su entrevista personal, realizada el día 31 de julio de 2001; y, c) copia del Acta del Pleno de CNM, que contiene la decisión de no ratificarla en el cargo mencionado.

### \$2. Competencia del Tribunal Constitucional

2. De conformidad con el inciso 2) del artículo 202 de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional es competente para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.

En el caso, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirmó la apelada, que desestimó la petición de que se le entregue las copias a las que se refiere los originales “a” y “b” del fundamento anterior. Asimismo, variando la apelada, que había dispuesto que se entregue copia del acta de la entrevista personal a la que fue sometida la recurrente ordenó que se entregue copia del video de la referida entrevista.

Respecto a este último extremo de la pretensión, la recurrente ha precisado, cuando interpuso su recurso extraordinario; que solicitó se le proporcione la “copia del acta de entrevista personal”. Por tanto, el Tribunal Constitucional es competente para conocer el fondo de la controversia.

### \$3. Derecho de acceso a la información pública

3. A través del Hábeas Data se protege el derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución. Dicho precepto constitucional dispone que “Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el, pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”.

En la STC N° 0950-2000-HD/TC, este Tribunal precisó que “La Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública (...) no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de Derecho Público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. Pero es además otra característica del derecho en cuestión la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información; este carácter descarta la necesidad de justificar la petición de ejercer otro derecho constitucional (v.gr., la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional (...)”.

### \$4. Dimensión individual y colectiva del derecho de acceso a la información pública

4. A su vez, en el Fundamento Jurídico N° 10 de la STC N° 1797-2002-HD/TC este Tribunal sostuvo que “El derecho de acceso a la información pública, se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente

considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna (...).”

5. En el Fundamento N° 11 de la precitada sentencia, puntualizó que el derecho de acceso a la información también “(...) tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (...)”.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera cómo se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no solo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad u transparencia de la Administración Pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también para efectuar del mejor modo el control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para ejercer el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave, en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

El Tribunal Constitucional destaca, por principio, que en el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. (De manera que este) “(...) no solo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana” (artículo 1 de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el “gobierno del público en público” (Norberto Bobbio).

Por ello, con carácter general, debe destacarse que en la publicidad de la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente este no podría asegurarse

si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo uno de los modos posibles de cumplir dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estables y sus representantes.

#### **\$5. El test judicial estricto y la protección de la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública**

6. Asimismo, este Colegiado ha relevado que cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública está destinado a contribuir con la información de una opinión pública, libre e informada, este ha de considerarse como una “libertad preferida”. Tal condición se ha precisado en el Fund. Jur, N° 11 de la STC N° 1797-2002-HD/TC: “(...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en este sentido, que una colisión de este con otros derechos fundamentales [o con otros bienes constitucionalmente protegidos] se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”.

No obstante, tratándose de una inversión legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no solo se sujetan a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción se traduce en exigir al Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que con tal reserva se pueda servir efectivamente al interés

constitucional que la justifica. De modo que si el Estado no justifica dicha existencia, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; asimismo, ello implica que la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información debe estar exclusivamente, en manos de Estado.

7. En el caso, la recurrente alega que no se le proporcionó información sobre el proceso de ratificación a la que fue sometida. Así, puede colegirse que la dimensión del derecho de acceso a la información pública alegada como lesionada es la que éste Tribunal ha calificado como “individual”. De manera que los actos realizados por la emplazada y las disposiciones sobre las cuales ha sustentado su negativa de proporcionar los documentos reseñados en el Fund. Jur. N° 1 de la sentencia, habrán de evaluarse con el test de razonabilidad y, en su caso, el de proporcionalidad, y no bajo las reglas del test judicial estricto, que como antes se ha anotado, se práctica sobre actos y normas que inciden sobre un derecho que tiene la condición de libertad preferida.

**\$6. Disposiciones que no restringen el derecho de acceso a la información relativa con el proceso de ratificación judicial y que han servido de sustento para denegar la petición**

8. Como se han expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el Consejo Nacional de la Magistratura sustenta su negativa a entregar la información requerida por la recurrente amparándose en la Ley N° 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM), y, en particular, en lo dispuesto por sus artículos 28 [“Los consejeros deben guardar reserva respecto a las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de la evaluación de los candidatos”], 42 [“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 o miembros del Ministerio Público”] y, finalmente, en el 43 [“Es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución por mandato judicial].
9. Por tanto, a fin de absolver los términos de la controversia constitucional, es preciso dilucidar las siguientes cuestiones: a) si

dichas disposiciones en realidad, constituyen un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información pública; b) si así lo fuera, debe analizarse con el test judicial estricto aludido, si existen intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen la limitación del derecho de acceso a la información pública.

10. Planteado de ese modo el problema, lo primero que debe indicarse es que, a juicio del Tribunal Constitucional, de todas las disposiciones invocadas por la emplazada para negar la entrega de la información solicitada, solo una de ellas podría entenderse, por decirlo así, como una recreación del derecho. En efecto, el sentido y la finalidad de lo regulado en los artículos 28 y 42 de la LOCNM no puede considerarse como restricciones del derecho de acceso a la información pública. Y es que en el primero de los citados dispositivos solo se alude a un deber que, por razón del cargo, se ha impuesto a quienes tienen la condición de consejeros del CNM, concerniente a guardar reserva respecto de las informaciones y deliberaciones que reciben y realicen con motivo de evaluación de los candidatos a ocupar cargos en el Poder Judicial y en el Ministerio Público. Se trata de un deber que se ha impuesto, por la propia naturaleza de la función que desarrolla, a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, y no propiamente al órgano constitucional, que es el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública.

En segundo exige al CNM la creación en su seno de un sistema de registro que contenga la información sobre los “resultados obtenidos” en materia de nombramiento, ratificación y destitución de magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público. Es decir, establece la obligación de organizar y mantener la información con la cual el CNM ejerce una competencia constitucional, como es la ratificación, nombramiento y destitución de magistrados.

Ni el uno ni el otro, pues, limitan el derecho de la recurrente de acceder a la información solicitada.

**\$7. Los alcances del Artículo 43 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM)**

11. A juicio del Tribunal, entre las disposiciones invocadas por el CNM para no entregar la información requerida, la que aparentemente limita el ejercicio del derecho de acceso a la información pública es el artículo 43 de la LOCNM. Dicha disposición establece que:

“Es prohibido expedir certificaciones o informaciones de cualquier género a particulares o autoridades respecto a los datos contenidos en el registro; a excepción de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución o de mandato judicial”.

12. Uno de los primeros sentidos interpretativos de esta norma excluye del conocimiento público la información que se pueda encontrar almacenada en el denominado “registro” [que contiene los resultados obtenidos en los procesos de evaluación para el nombramiento, ratificación y destitución de los magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público], a no ser que esta sea solicitada por un congresista o lo disponga un mandato judicial. Cabe, por tanto, interrogarse si acaso la información que se mantiene en el “registro” no tiene el carácter de información pública.

El segundo párrafo del artículo 10 del decreto Supremo N° 043-2003-PCM, Texto Único y Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que:“(…) se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa”.

El Tribunal Constitucional considera que la exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente estricta de aquello que debe considerarse como información pública”. Lo realmente trascendental a efectos de que pueda considerarse como “información pública”, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva.

Evidentemente, las informaciones que se encuentren en el registro que menciona el artículo 42 de la LOCNM tienen esa naturaleza, es decir, constituyen “información pública”, pues sobre la base de esas es que el CNM, además de otros criterios, adopta una decisión tan delicada como nombrar, ratificar o destituir magistrados del Poder Judicial.

13. No obstante, conviene precisar que el propósito del artículo 43 de la LOCNM no es tanto negar el carácter de “información pública” a la información que se mantiene en el “registro”, sino, esencialmente, disponer su confidencialidad, esto es, restringir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

El inciso 6) del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que “El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de los siguientes: inc. 8. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República”. Si así fuere, entonces, habría que analizar tal limitación bajo los alcances del test judicial estricto precisado en el Fundamento Jurídico N° 4 de esta sentencia, es decir, “a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, partiendo del dato a priori que la disposición que restringe “carece, prima facie, de la presunción de constitucionalidad” [STC N° 1797-2002-HD/TC].

Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencial la información pública solicitada y, a su vez, que solo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o dato debe efectivizarse y confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar excesivamente, en manos del Estado.

14. En la contestación de la demanda, tanto la Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del CNM, como el Presidente de este órgano constitucional, han sostenido que no se entregaron la información requerida por la recurrente, acatando la prohibición que establece el artículo 43 de la LOCNM...la información en comento, ha sostenido el primero de los emplazados nombrados, no se encuentra disponible al libre tráfico informativo; siendo así al constar el carácter confidencial de la información y que por ende no se encuentra dentro del tráfico documentario, no se justifica que sea brindado a la demandante.

A su vez, el Presidente del CNMA ha sostenido que concordante con esta normatividad legal, el Reglamento de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, establece que las grabaciones de las entrevistas, cuando se realicen tendrán carácter reservado.

Al margen de que este Colegiado más adelante analice si un acto realizado en público, como la entrevista a la que fue sometida la recurrente, pese a ello, y culminando el proceso de ratificación, pueda terminar después de clasificada como confidencial, considera que ninguno de los argumentos expresados por los emplazados busca preservar fines constitucionalmente valiosos que sustenten la confidencialidad de la información.

Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el solo hecho de ampararse en la Ley. Los derechos constitucionales, como eran en el Estado legal de derecho, no valen en el ámbito de los derechos fundamentales [Herbert Kruger]; de manera que si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que persigue alcanzar.

Sin embargo, la ausencia de argumentos constitucionales destinados a justificar la limitación del derecho no debe necesariamente atribuirse a los emplazados. Después de todo, el CNM solo se ha limitado a aplicar una disposición que pertenece a su Ley Orgánica, y por cuya condición es elaborada por el Congreso de la República. Es este, en concreto, quien debería expresar esas razones, pues es el órgano legislativo quien, en principio, está facultado para realizar una ponderación sobre los intereses comprometidos con la declaración de confidencialidad.

No obstante, dado que se trata de un proceso de Hábeas Data, y no de uno de inconstitucionalidad, es deber de este Tribunal, como juez de los derechos fundamentales, elucidar las probables razones que habrían servido al legislador para restringir el ejercicio del derecho en los términos que se han anotado.

15. Los fines constitucionales que el legislador habría buscado preservar esencialmente, se circunscriben, esencialmente, a los siguientes:

En primer lugar, por los sujetos a los que se dirige la restricción de acceso a la información mantenida en el registro, esto es, particulares y autoridades, su objeto es preservar el derecho a la intimidad, personal y familiar del sometido a un proceso de ratificación. Es decir, impedir que terceros y autoridades, según sea el caso, puedan acceder a determinado tipo de información privativa del sometido a un proceso de ratificación. Tal supuesto además se encuentra previsto, de modo general, como uno de poscriterios a tomarse en cuenta por el inciso 5) del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En el caso, dado que quien peticona la entrega de información es la propia persona sometida al proceso de ratificación, no se analiza si la restricción genérica tiene justificación constitucional. Es decir, no se dará respuesta a la siguiente interrogante: ¿todos los datos contenidos en el registro están protegidos por el derecho a la intimidad personal y familiar del sometido al proceso de ratificación?.

Si, en cambio cabe deslindar si dentro de los sujetos a los cuales está destinada la restricción no se encuentra el titular de los datos que se mantienen en el registro. La restricción ha de entenderse, en efecto, sobre “los particulares o autoridades” distintos del titular de los datos, no pudiéndose realizar una interpretación extensiva del concepto “particulares”, utilizando por el artículo 43 de la LOCNM, y comprender, dentro de él, al sometido proceso de ratificación.

El criterio de interpretación extensiva de una disposición que restringe el ejercicio de un derecho constitucional, como el que ahora se discute, se encuentra vedado implícitamente por el principio general que se deriva del inciso 9) de artículo 139 de la Constitución, y está desarrollado por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil; asimismo, está precisado, de mejor forma aún y de modo categórico, por el Artículo 18 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, a tenor del cual los límites al derecho de acceso a la información pública “deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental”.

16. En ese contexto, el Tribunal Constitucional considera que es arbitrario que la demandada haya denegado a la recurrente:

- a) Copia de la entrevista personal a la que fue sometida en el proceso de ratificación. Manifiestamente arbitrario, en un doble orden de razones; en primer lugar, porque es notorio que la entrevista a la que fue sometida fue de carácter público, y si fue así, no hay razón alguna para que después esta pueda ser considerada como “confidencial”.

En segundo lugar, porque tratándose de una solicitud planteada por la misma recurrente, sobre un acto a la que fue sometida, no le era aplicable lo dispuesto por el artículo 43 de la LOCNM, que, como antes señaló constituye una limitación para que terceros o autoridades, salvo las excepciones que dicha disposición prevé, puedan acceder a tal información.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera insuficiente que la recurrida, al revocar la apelada, haya previsto que solo se entregue el video de la entrevista, y no el acta que sobre tal acto público se hubiese levantado. Dado que se trata de información que no se sujeta a la confidencialidad, corresponde que se entregue ambos.

- b. La copia de la parte del acta del pleno Consejo Nacional de la Magistratura, que contiene la votación y acuerdo de no ratificación de la recurrente. La carencia de fundamento constitucional para denegar la petición, además es un hecho que el propio CNM ha replanteado, al modificar su posición original sobre el tema y autorizar su entrega, conforme se observará del Acuerdo N° 514-2003, si bien respecto a una persona distinta a la recurrente.
17. Respecto de la petición de la recurrente para que también se le conceda la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, el Tribunal Constitucional considera que, dado que el artículo 41 de la LOCNM estipula que “El Consejo Nacional de la Magistratura actúa en plenario y en comisiones”, y además que dicha información se encuentra comprendida dentro del supuesto contemplado en el inciso 1) del artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, el juez, en ejecución de sentencia, deberá apreciar si en el acuerdo de no ratificación de la recurrente se hace referencia al referido Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación. Si así lo fuera, el carácter confidencial de aquel informe habrá cesado, y deberá ordenarse que se entregue a la recurrente.

### **§8. Estado de cosas inconstitucionales y efectos de la sentencia**

18. Por su propia naturaleza, y a diferencia de lo que sucede con otra clase de remedios procesales constitucionales que tienen una marcada dimensión objetiva [como sucede con el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el conflicto entre órganos constitucionales], en el caso de los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data), lo resuelto con la sentencia vinculada únicamente a las partes que participan en él.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 8 de la Ley N° 23506, la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente, aunque también “puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutase igual agresión”. Y, de conformidad con el artículo 9 de la misma Ley N° 23506, las sentencias... “sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general”, debiendo, en todo caso, observarse que, en concordancia con la Primera Disposición General de la LOTC, “Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Excepto el supuesto de que sobre una persona que haya obtenido una sentencia en su favor, un tercero pretenda o realice un acto similar de agravio, al que se refiera el artículo 9 de la Ley N° 23506, lo normal es que la sentencia dictada en estos procesos solo puede oponer al “vencido” en juicio. Si un tercero, en las mismas circunstancias, agraviado por el mismo acto, o como consecuencia de una interpretación contra constitucional de una ley o una disposición reglamentaria, quisiera acogerse a los efectos del precedente obligatorio o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal Constitucional, no tendrá otra opción que iniciar una acción judicial e invocar en su seno el seguimiento de aquel precedente o de la doctrina constitucional allí contenida.

Tal práctica, no prevista originalmente por el legislador, ha generado una serie de problemas en la justicia constitucional, que no han sido ajenas a este Tribunal. Ello se expresa, por un lado, en el incesante crecimiento del número de demandas destinadas a obtener similares términos de tutela y, de otro, en la consiguiente saturación y el eventual colapso de la justicia constitucional de la libertad.

Para hacer frente, en algunas ocasiones este Colegiado ha tenido que recurrir a ciertas instituciones del Derecho procesal general, como la acumulación de procesos o la reiteración de jurisprudencia. Con el primero, controversias sustancialmente análogas han sido resueltas mediante una sola sentencia. Y mediante la segunda, el Tribunal se ha ahorrado el deber de sus razones sobre cada uno de los puntos controvertidos, para simplemente expresarlas por remisión.

Sin embargo, el uso de este Tribunal de ambas instituciones procesales ha contribuido muy escasamente a la solución de esta problemática, dado que para su activación es preciso que el afectado en sus derechos inicie también una acción judicial.

19. El problema sin embargo, no es estrictamente procesal o se basa en razones de eficiencia en la prestación de la justicia constitucional. El Tribunal estima que esa práctica también contrae un problema que atañe a la propia naturaleza y el carácter vinculante que tiene los derechos fundamentales sobre los órganos públicos. En diversas oportunidades, en efecto, se ha advertido que, pese a existir una inveterada tradición jurisprudencial en determinado sentido, diversos órganos públicos han mantenido y, lo que es peor, continuado, la realización de actos considerados como lesivos de derechos constitucionales.

¿Cómo explicar tal situación? Seguramente, entre muchas otras opciones, debido al desconocimiento de aquellos criterios, pero también por la desidia o los efectos patrimoniales que se pudieran generar. En efecto, resulta muy cómodo para un órgano público argüir que tal o cual acto se justifica con el cumplimiento de una sentencia, antes que justificarlo con una decisión unilateral, por ejemplo alegando que se actúa de conformidad con los derechos fundamentales.

En tal concepción subyace, evidentemente, un problema de comprensión del significado y valor de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. Este no es otro que asumir que tales derechos solo vinculan porque existe una sentencia que así lo establece. La *interpositio sententiae* se convierte, así en una condición del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, y su ausencia por decirlo así, determina que los derechos apenas si tengan un valor vinculante.

Definitivamente no se puede compartir un criterio de tal naturaleza. Sin embargo, el Tribunal no solo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos, es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional. Por ello, dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “estado de cosas inconstitucionales” que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de la Unificación N° 559/1997

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a uno (o unos) órgano (s) público (s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.

Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público.



20. Una modulación de los efectos de las sentencias dictadas en el seno de estos procesos constitucionales de la libertad se justifica, como lo ha expresado la Corte Constitucional Colombiana. “(...) en el deber de colaborar armónicamente con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito [artículo 11 de la ley N° 23506], no se por qué debe omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política”.

“El deber de colaboración se torna imperativo si el medio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de [Amparo, Hábeas corpus o Hábeas data]. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente, de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardianía de la integridad de la Constitución [artículo 201 de la Constitución] y de la efectividad de sus mandatos”.

21. De modo que, a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza de que ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posteridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente, un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de la sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional.
22. En el caso, si bien el CNM realizó un acto concreto de violación de derecho constitucional de la recurrente, este se sustentó en una interpretación constitucionalmente incorrecta de una disposición legal que forma parte de la Ley Orgánica Nacional de la Magistratura. De ahí que, sin perjuicio de los alcances particulares del acto analizado en el presente caso, a fin de evitar que, fundamentándose en igual criterio interpretativo, puedan violarse derechos constitucionales de otras personas, el Tribunal Constitucional declara que el estado de cosas que originó el Hábeas Data es incompatible con la Constitución.

### **FALLO**

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

#### **Ha resuelto**

1. Declarar **FUNDADA** la acción de Hábeas Data.
2. Ordena que se entregue a la recurrente: a) copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, referente a su conducta e idoneidad en el cargo que ejercía como Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; b) copia del acta de la entrevista personal; y, c) copia de la parte pertinente del acta de sesión del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura del Poder Judicial.
3. Declárese que el estado de las cosas que originó el Hábeas Data, y que ha sido objeto de la controversia de este proceso, es contrario a la Constitución Política del Perú.
4. Remítase por Secretaria General del Tribunal Constitucional la presente sentencia a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que en un plazo de 90 días hábiles a partir de la notificación de esta, adopten las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial.
5. Prevéngase a los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura para que eviten volver a incurrir en las acciones u omisiones ilegítimas que originaron en el presente proceso, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico N° 21.
6. Disponer que las medidas que se adopten se pongan en conocimiento del juez de ejecución de la sentencia, quién, al décimo (10) día hábil de culminado el plazo otorgado en la presente, informará a la Secretaria General del Tribunal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

S.S.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

**EXP. N° 1797-2002-HD/TC****COMENTARIO**

En la presente Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 1797-2002-HD/TC LIMA, caso Rodríguez Gutierrez Wilo, se delimita y precisa el contenido del derecho constitucional de acceso a la información pública. Establece las condiciones y forma cómo debe evacuarse por la Administración Pública la información solicitada (para el caso, información respecto a los gastos efectuados por el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país, debido a los 120 viajes que realizó al exterior, en el transcurso de su mandato presidencial).

**LIMA****WILO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los veintinueve días del mes enero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y González Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Wilo Rodríguez Gutiérrez, contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 94, su fecha 6 de mayo de 2002, que declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 9 de febrero de 2001, el recurrente interpone acción de Hábeas Data contra el ex presidente de la República Valentín Paniagua Corazao, con el objeto que se le proporcione la información denegada mediante la carta notarial de fecha 12 de diciembre de 2000, manifestando que no se le ha brindado la información solicitada respecto a los gastos efectuados por el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva durante los más de 515 días en que estuvo fuera del país, debido a los 120 viajes que realizó al exterior, en el transcurso de su mandato presidencial.

En consecuencia, solicita que la información requerida se especifique como sigue: a) monto asignado por el concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos, por cada uno de los viajes realizados; gastos de combustible y operación del avión presidencial, y e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial, entre otros. Alega que se vulnera su derecho de acceso a la información, ya que la información requerida no atenta contra la seguridad nacional, ni afecta la intimidad personal, ni está exceptuada por ley.

El Procurador Público a cargo de la defensa judicial de la Presidencia del Consejo de Ministros señala que la pretensión del recurrente ya ha sido incoada en reiteradas oportunidades; que la información requerida se encuentra, casi en su totalidad; publicada en el diario oficial “El Peruano”, la que, además ha sido suministrada por la Directora General de Administración del Despacho Presidencial, en la cual se da cuenta de los viajes realizados por el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori entre los años 1990 y 2000, la cantidad de viajes por cada año realizado, así como el costo.

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima declara que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo, por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que la información requerida fue proporcionada mediante el Informe N° 011-2001-CMPR/DGADM; añadiendo que las discrepancias del actor en cuanto a la información suministrada no constituyen datos que obviamente existen, por lo que no pueden exigirse a través del Hábeas Data, puesto que se trata de materia sujeta a controversia que requiere de estación probatoria.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

**FUNDAMENTOS****Petitorio**

1. El recurrente pretende que la emplazada le proporcione información respecto a 515 días en que estuvo fuera del país, debido a los 120 viajes que realizó al exterior, en el transcurso de su mandato presidencial y solicita que se precise el monto asignado por el concepto de viáticos y gastos de representación, los costos de los pasajes aéreos, por cada uno de los viajes realizados; gastos de combustible y operación del avión presidencial, los montos asignados para gastos de la comitiva presidencial, entre otros.

### **Derechos Protegidos**

2. El Hábeas Data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución, según los cuales establecen que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”; y “que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”, respectivamente.

### **Derecho a la autodeterminación informativa**

3. El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2° de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentre investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la sociedad. Finalmente, también se diferencia el derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

### **Hábeas Data y derecho a la autodeterminación informativa**

4. Este Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente N° 666-1996-HD/TC que la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del Hábeas Data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer que es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona (s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el Hábeas Data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se excluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el Hábeas Data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado, impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieron encontrarse almacenados.

### **Derecho de acceso a la información pública y derecho de petición**

5. A diferencia del derecho a la autodeterminación informativa, el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho de acceso a la información pública. Este derecho, a su vez no es idéntico al derecho de petición “como aquellos otros derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, que constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, ello en razón de ser la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica”. Se sostuvo que: “el derecho de petición ha sido configurado como una facultad constitucional que se ejerce individual o colectivamente y que no se encuentra vinculado con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origina la petición”. “{...} desde una perspectiva histórico- doctrinaria se acredita que el derecho constitucional comparado percibe conceptualmente el derecho de petición como una solicitud de obtención de una decisión graciable; por consiguiente,

sujeta a la consideración discrecional dentro de un ámbito competencial de cualquier órgano investido de autoridad pública. En esa perspectiva, dicho derecho se agota con un solo ejercicio, estando la autoridad estatal competente obligada únicamente a acusar recibo y dar respuestas de las solicitudes.

6. Tal derecho ha sido regulado por la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), el que establece que es posible “encontrar hasta cinco ámbitos de operatividad del derecho de petición; a saber: a) La petición graciosa; b) La petición subjetiva; c) La petición cívica; d) La petición consultiva, y e) La petición informativa”.

La petición informativa es “aquella que se encuentra referida a la obtención de documentación oficial contenida en los bancos informativos o registros manuales de la institución requerida. En ese sentido, la petición prevista en el artículo 110° de la Ley N° 27444 está destinada a obtener el suministro de datos estadísticos, dictámenes, resoluciones, etc, que pudieran obrar en poder de un ente administrativo. Dicha modalidad debe ser concordada con lo dispuesto en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución y las leyes N° 27806 y 27927, respectivamente.

En suma, el derecho de petición puede ser de dos clases: a) el derecho de petición simple, el cual se manifiesta como un instrumento de participación ciudadana, y que incluye a la petición cívica, informativa y consultiva, y b) el derecho de petición calificado, que se manifiesta como adopción de un acto o decisión concreta y precisa por parte de la autoridad recurrida. Tales son los casos de la petición graciosa y subjetiva.

Por su estructura y función, el Tribunal ha señalado que el derecho de petición es “un derecho de naturaleza pública o privada según sea utilizada en caso de la defensa de los derechos o intereses del peticionario, o para la presentación de puntos de vista de interés general. Por ende, en atención al primer caso, la referida atribución puede ser considerada dentro del conjunto de los derechos civiles que pertenecen al ser humano; y, respecto al segundo, pertenece al plexo de los derechos políticos que le corresponden a una persona en su condición de ciudadano; de ahí que aparezca como manifestación de la comunicación, participación y control en relación al poder político”.

“El derecho de peticiones constituye así en un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. Así, todo cuerpo político que se precie de ser democrático, deberá establecer la posibilidad de la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública. De este modo, en determinados ámbitos, como los referidos a las peticiones individuales o colectivas que buscan el reconocimiento por parte de la Administración Pública de un derecho subjetivo, o en las cuales se solicite información o se formulen consultas, o en las cuales se solicite un acto gracioso de la autoridad competente, el derecho en mención se constituirá en un medio ordinario para su efectiva realización, pero, en aquel ámbito en el cual existan mecanismos o recursos establecidos por una normativa específica para el ejercicio o tutela de un derecho subjetivo, tales como la acción penal privada o la acción civil ante el órgano jurisdiccional, entre otros, se constituiría en un medio residual, que podrá cubrir ámbitos no tomados en consideración”

7. En la medida en que el derecho de acceso a la información pública garantiza que cualquier persona, sin excepción de causa, pueda solicitar información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido, éste termina constituyéndose en una modalidad o concreción del derecho de petición. Como sostuvo este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 1071-1998-HD/TC, “del hecho de que su reconocimiento constitucional (del derecho de acceso a la información pública) se haya precisado independientemente del genérico derecho de petición, hay que comprender que la Constitución le ha querido brindar un tratamiento particularizado y también un medio de tutela distinto, como en efecto se ha previsto al incorporar como uno de los derechos protegidos mediante el Hábeas Data”.

#### **Derecho de acceso a la información pública y libertad de información**

8. En relación con la libertad de información reconocida en el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución, este Tribunal ha señalado, en su sentencia recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC, que: “{...}se garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el

artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente, {...}. La libertad de información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, si lo pueden ser”.

9. Asimismo, en la misma sentencia se sostuvo que “Las dimensiones de libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, sino, al mismo tiempo garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no solo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información; b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y derecho especial, a los profesionales de la comunicación libre, tanto la de los hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”.

En esa medida, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene una doble vertiente. En primer lugar, una dimensión individual, pues se trata de un derecho que protege de que “{...} nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de {...} difundir hechos informativos”; pero, al mismo tiempo, ambas presentan una inevitable dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de “recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno”, a fin de formarse una opinión propia. No obstante esto, ellas no solo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento imprescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sino también se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, manteniendo la garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades “tienen el carácter de derechos

constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad política, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad” (Erns Wolfgang Bockenforde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Edit. Trotta, Madrid 2000, pág. 67); o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso la Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70)”.

“Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tiene la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”.

“Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuyan con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales”.

#### **Derecho de acceso a la información pública**

10. El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza de que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados,

puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

Tal condición instrumental del derecho de acceso a la información pública se puede apreciar en el caso de autos. En efecto, conforme se expresa en la carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose obligado a dar razones de la información requerida, el recurrente alega que la información requerida es importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú.

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténtica democrática.

Desde el punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no solo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en lo que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no 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. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el “gobierno en público” (Noberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109° o 139°, inciso 4) de la Constitución (por citar solo

algunas), no son concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional mas general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal.

Por ello, con carácter general, debe destacarse que la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción. Y es que si el Estado democrático de derecho presupone la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales y la elección periódica de los gobernantes, ciertamente, éste no podría asegurarse si es que no se permitiera a las personas poder ejercer un control sobre las actividades de los representantes del pueblo. Uno de los modos posibles de cumplir con dicho principio y, con ello, las demandas de una auténtica sociedad democrática, es precisamente reconociendo el derecho de los individuos de informarse sobre la actuación de los órganos estatales y sus representantes.

Por consiguiente, al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión, a juicio del Tribunal, cuando el ejercicio del acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así.

Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.

No obstante, tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no solo se encuentran sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control

tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad.

Esta presunción de inconstitucionalidad de la ley que lo restringe se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que solo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y, en esa medida, confirmarse su inconstitucionalidad; pero también significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado.

12. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, en el caso de autos, el recurrente solicitó a la demandada información sobre los viajes efectuados por el ex presidente de la República durante los años 1990 y 2000 y, en particular, detallar los siguientes rubros: a) monto asignado por el concepto de viáticos; b) monto asignado por concepto de gastos de representación; c) costos de los pasajes aéreos, por cada uno de los viajes; d) gastos de combustible y operación del avión presidencial; e) monto asignado para gastos de la comitiva presidencial; y otros gastos.

Al contestar la demanda, la emplazada adjuntó el Informe N° 001-2001-CMPR/DGADM, mediante el cual se da cuenta de la cantidad de viajes que por cada año realizó el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, así como el costo anual de dichos viajes durante los años 1990 y 2000. Con fecha 30 de mayo de 2001, el recurrente advirtió al A quo que la información, en muchos de sus extremos, era “incompleta, inexacta e imprecisa”. Así por ejemplo, mientras en el punto C del informe se hacía referencia a que en el año 1998 el ex presidente viajó 28 veces, en el cuadro de detalles de costos figuraba que, en ese mismo año, había viajado 47 veces.

Con relación al año 1999, se indica que viajó 14 veces, en tanto que en el detalle de costos se especificaba que se realizaron 24 viajes. Asimismo, con copias de diversos medios de comunicación social, el recurrente acreditó que entre los días 3 y 4 de enero de 1999, el ex mandatario estuvo en la República Federal de Brasil, subrayando que

dicho viaje no aparecía en ninguno de los cuadros del referido informe, entre otros cuestionamientos a los que hace referencia en su escrito de fecha 30 de mayo de 2001, sobre el informe emitido.

Las recurridas, en mérito al citado Informe, adjuntando a la contestación de la demanda, sostuvieron que, en el caso de autos, se habría producido la sustracción de la materia, toda vez que la emplazada había absuelto el pedido de información requerido en la demanda. Y, respecto a que la información suministrada era imprecisa, incompleta e inexacta, argumentaron que este tema debía ser objeto de un proceso donde existiese estación probatoria.

13. El Tribunal Constitucional no comparte ninguno de los argumentos esgrimidos por las resoluciones recurridas. En primer lugar, advierte que es una contradicción afirmar, por un lado, que la eventual lesión de un derecho constitucional cesó y que, en virtud de ello, se produjo la sustracción de la materia; y, de otro, que la controversia acerca de la información proporcionada deba ventilarse en un proceso judicial que tenga estación probatoria. En su opinión, se considera que la eventual violación de un derecho constitucional ha cesado cuando, por medios ajenos al proceso, se restablece completamente el ejercicio del derecho. La única forma como podría salvarse tal contradicción, sería admitiendo que el derecho de acceso a la información solo garantiza que se informe sobre lo requerido, no importando el contenido y la calidad de esa información que se proporcione. Evidentemente una estipulación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública en esos términos, terminaría haciendo de éste una fórmula vacía sin contenido alguno. Sin embargo, antes de afrontar este extremo del contradictorio, es preciso determinar los alcances de un proceso constitucional como el Hábeas Data, que carece de una estación de pruebas.
14. Sobre este aspecto, ya el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar sus alcances y límites. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC (Fund. Jur. N° 3), sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas si debe al hecho de que mediante esta clase de procesos “{...} no se dilucida la titularidad de un derecho {...}, 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 cuestionado. De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional. Como dice Juventino Castro *{El sistema de derecho de amparo*, Editorial Porrúa, México 1992, pág. 169}” en el {...} amparo hay dos hechos de probar esencialmente: la existencia del acto reclamado, que en ocasiones es una cuestión de hecho, y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que generalmente es una cuestión de derecho, valorable finalmente por el juzgador”.

Por ello, si en el amparo no hay conflicto de derecho e intereses “subjetivos” contrapuestos entre las partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de hecho y su constitucionalidad, que generalmente es una cuestión de interpretación constitucional. Y como ha declarado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación “tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores” {BverfGE, 82, 30 (38-39). La inexistencia de la estación de pruebas, por tanto no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo (o del hábeas data), sino de la finalidad y el objeto del proceso”.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 410-2002-AA/TC (Fund. Jur. N° 5), remarco que “es correcto afirmar que en el amparo (como en el hábeas data) no existe estación probatoria. Pero con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que expresar aquello que señala el artículo 13° de la Ley N° 25398. No es ese, desde luego, el problema, sino, esencialmente, determinar cuándo la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional pueda expedir una sentencia sobre el fondo del asunto”.

“A juicio del Tribunal Constitucional, no existe estación probatoria en el amparo (y en el hábeas data), por que en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo, y con él todos los procesos constitucionales de la libertad como expresa el artículo 1° de la Ley N° 23506, solo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene(n) una finalidad eminentemente restitutoria. Lo que significa que, teniendo el recurrente la calidad de titular del derecho constitucional,

el amparo (o el hábeas data) se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel tributo subjetivo reconocido por la Norma Suprema del Estado. En efecto, a través de estos procesos no se puede solicitar la declaración de un derecho o, quizás, que se constituya imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara.

El Tribunal no considera que tales exigencias hayan sido satisfechas por la demandada. Como ha alegado el recurrente, y este Colegiado ha tenido la oportunidad de apreciar en el Informe N° 001-2001-CMPR/DGADM, la información proporcionada no es completa, actualizada y exacta. Por consiguiente, al estimarse la pretensión, por haberse violado los derechos constitucionales de acceso a la información pública y, relacionalmente, la libertad de investigación del recurrente, debe ordenarse que se brinde la información solicitada en los términos descritos en el fundamento precedente, sobre los datos e información en torno a los viajes públicos realizados al exterior, así como los gastos efectuados por el ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y su comitiva, tal y conforme se han requerido en la carta notarial y en la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica.

#### **FALLA**

**REVOCANDO** la recurrida, que confirmando la apelada, declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido, por haberse producido la sustracción de la materia y, reformándola, declara FUNDADA la acción de Hábeas Data. Ordena que el Poder Ejecutivo proporcione información detallada respecto de los gastos efectuados por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, como ex presidente de la República, y su comitiva durante sus viajes al exterior, conforme a los siguientes rubros: viáticos, gastos de representación, gastos de combustible y operación del avión presidencial, costos de pasajes, según sea el caso, y otros gastos.

Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

S.S.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA



**EXP. N° 915-2000-HD/TC****COMENTARIO**

La presente sentencia del Tribunal Constitucional dispone que, con ocasión de un Concurso Público de Notarios, el órgano encargado del examen proporcione copia certificada del examen escrito y del currículo presentado por un postulante; y declara inaplicables los artículos 14 y 17 de la Resolución Suprema N° 224-97-JUS. Considera que la información solicitada no guarda relación con aquella expresamente exceptuada por la Constitución o la ley.

**LIMA****DAVID PERCY QUISPE SALSAVILCA  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los quince días del mes octubre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don David Percy Quispe Salsavilca, contra la Sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas setenta y nueve, su fecha once de julio de dos mil, que declaró improcedente la acción de Hábeas Data de autos.

**ANTECEDENTES**

El recurrente con fecha siete de julio de mil novecientos noventa y nueve, interpuso acción de Hábeas Data contra el Ministerio de Justicia en su calidad de órgano encargado, por delegación, de la convocatoria al concurso público de méritos para notarios, a fin de que se le entreguen copias certificadas de su examen escrito, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, y de su currículo presentado en el momento de la postulación; así como para que se le informe por escrito de los criterios de calificación de su examen presentado a fines del año mil novecientos noventa y siete. Sostiene el demandante que, respecto del análisis de su currículo, obtuvo la nota desaprobatoria 12, por lo que, no

conforme con el resultado, remitió al emplazado carta notarial, de fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para que le remita la información a que se ha hecho referencia, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 5) del artículo 2° de la Constitución.

El emplazado solicita que se declare improcedente la demanda, por considerar que el actor reconoce el carácter excepcional con que se dio la Ley N° 26741, que autorizó al Ministerio de Justicia a convocar a concurso público de mérito para notarios, y porque el texto de la Resolución Suprema N° 224-97-JUS, se infiere el carácter confidencial y de estricta reserva de los exámenes escrito y curricular, por lo que el jurado actuó conforme a los artículos 14° y 17° de la mencionada resolución, no pudiendo afirmarse que éste incurrió en acto arbitrario y/o inconstitucional. Agrega que en el transcurso culminó en nueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve, y que en el Artículo 26° de la resolución materia de autos establece que las calificaciones del jurado son inapelables, por lo que su pretensión debe desestimarse.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha tres noviembre de mil novecientos noventa y nueve, declaró improcedente la demanda, por considerar que de la revisión de los actuados se advierte la inviabilidad de la pretensión, al no resultar manifiesta la resistencia al cumplimiento de proporcionar la información solicitada, toda vez que, por la excepcionalidad con la que se expidieron las leyes N°s 26741 y 26971, el concurso público finalizó el nueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve, habiendo concluido en esa fecha la autorización que facultaba al emplazado a convocar al referido concurso público, tanto más, si por la Resolución Suprema N° 224-97-JUS se infiere el carácter confidencial y de estricta reserva del concurso.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que no se cumplió con el agotamiento de la vía previa, y además, porque el Ministerio de Justicia no es el que directamente llevó a cabo la evaluación, puesto que, por mandato de la Ley N° 26741, está se llevó a cabo con la intervención de un jurado compuesto por cuatro miembros de las diferentes entidades, conforme lo establece el artículo 7° de la Resolución Suprema N° 224-97-JUS.

**FUNDAMENTOS**

1. Obra en autos la carta notarial remitida por el recurrente al emplazado, por la que solicita la información materia del presente proceso, comunicación que no fue respondida por el demandado, habiéndose,

interpuesto la demanda luego de haber transcurrido quince días de notificada la referida carta notarial, de conformidad con el inciso a) del artículo 5°, de la Ley N° 26301.

2. Los artículos 14° y 17° de la Resolución Suprema N° 224-97-JUS – Reglamento de la Ley N° 26741, que autorizó al Ministerio de Justicia a convocar a concurso público de méritos para notarios – declaran el carácter confidencial y de estricta reserva del análisis del currículo y del examen escrito; dicha declaración se sustenta en que, de conformidad con lo establecido por el artículo 26° de la precitada disposición, las calificaciones del jurado son inapelables.
3. El inciso 5) del artículo 2°, de la Constitución declara que toda persona tiene derecho “A solicitar sin excepción de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”, la Constitución ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento del derecho que asiste a toda persona de solicitar y recibir información, de cualquier entidad pública, no existiendo, por tanto, entidad del Estado o persona de derecho público, excluida de la obligación respectiva.
4. Es cierto que el ejercicio de este derecho tiene límites ya que “Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”. Ahora bien, no teniendo la información solicitada relación con la seguridad nacional y, al no existir ley que prohíba la entrega de información, resulta inaceptable el argumento del emplazado de que, conforme a la cuestionada resolución, el análisis del currículo y del examen escrito tiene carácter confidencial y de estricta reserva, por lo que tal restricción es violatoria del derecho fundamental de solicitar y recibir información, previsto por el inciso 5) del artículo 2° de la Carta Magna.
5. La pretensión del demandante para que se le informe por escrito de calificación de su currículo, debe ser desestimada, por cuanto el mismo responde a criterios que pueden ser considerados subjetivos, tanto más si el concurso público concluyó el nueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve, fecha en la que finalizó la autorización al emplazado para convocar a concurso público de mérito para notarios.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica.

#### **FALLA**

**REVOCANDO** la recurrida, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda y reformándola, declara FUNDADA, en parte, la acción de Hábeas Data: en consecuencia inaplicable los artículos 14° y 17° de la Resolución Suprema N° 224-97-JUS, en el extremo que declara el carácter confidencial y de estricta reserva del análisis del currículo y del examen escrito: dispone que el emplazado proporcione copias certificadas del examen escrito, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y del currículo presentado con ocasión del concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial; y la CONFIRMA en lo demás que contiene. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

AGUIRRE ROCA  
REY TERRY  
NUGENT  
DIAZ VALVERDE  
ACOSTA SANCHEZ  
REVOREDO MARSANO

**4. MODELO DE DEMANDA**

Exp.- 875-04

Sec.- Hugo Ganoza

Escrito N°.- 01

Sumilla: Proceso de Hábeas Data

**Señor Juez Especializado en lo Civil:**

CARLOS RODRIGUEZ RODRIGUEZ, identificado con DNI 03145662, con dirección domiciliaria en Av. Grau N° 2315 – Piura y con domicilio procesal calle Lambayeque N° 155 – Piura, a Ud. atentamente digo:

**I. PETITORIO**

Que, recurro a su Despacho con la finalidad de interponer el presente proceso de Hábeas Data, por violación del derecho constitucional de acceder a la información pública, contra la Municipalidad Provincial de Piura; en la persona de su representante legal, a quien se deberá notificar en calle Ayacucho s/n – Piura; a fin de que acceda a otorgarme la información solicitada, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

**II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

- 1ro. Con fecha 2 de enero del presente año, remití una carta a la Municipalidad de Piura, solicitando se sirvan otorgarme una Copia de la Resolución de Alcaldía N° 444-04-/MPP- Alcaldía, documento que constituye información pública de acuerdo a la Constitución y las leyes pertinentes.
- 2do. De igual modo, en uso de mis facultades como ciudadano – cursé con fecha 15 de Febrero del presente año otra carta, la misma que fue recepcionada en esa misma fecha. El contenido de la misiva era reiterar mi pedido, debido al silencio de la autoridad edil y manteniendo relación con mi primera comunicación; sin embargo y sin que medie motivo sustancial y valedero, es que hasta la fecha no he obtenido respuesta de ninguna naturaleza de este pedido, sino por el contrario al constituirme a la Municipalidad con la finalidad de averiguar cuál era el motivo de tal silencio, se me manifestó que no podía otorgármese la información por que no estaba comprendido en los alcances de tal resolución (mi nombre no figuraba).

- 3ro. Es de resaltar que el presente requerimiento previamente se tramitó en la vía administrativa y al ser un procedimiento de aprobación inmediata es que no veo el porqué de la negativa de otorgarme lo solicitado, además el simple pago del concepto otorgaba el derecho a que se me expidan las copias de tal resolución de alcaldía por ser un documento de carácter público y al amparo de la Ley de Transparencia en la Información Pública.
- 4to. Por esto, como quiera que la información solicitada es de carácter público y no afecta la seguridad nacional ni la intimidad personal, el silencio y la negativa de parte de la Municipalidad Provincial de Piura de emitirse las copias certificadas (Aún cuando se ha cumplido con los requisitos que para ello prevé el TUPA 2006 de la MPP) se configura una violación al derecho constitucional de acceder a la información pública, por lo que me veo obligado a interponer la presente.

**III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- Derecho de acceso a la información.- Conforme al artículo 2° inciso 5 de la Constitución Política, se garantiza el derecho de cualquier persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, por lo que para el presente caso invoco la aplicación de la referida norma.
- El proceso de Hábeas Data.- En aplicación de lo dispuesto por el artículo 200° inciso 3 de la Constitución Política, procede la acción de Hábeas Data, entre otros casos, frente a la violación del derecho constitucional de acceder a la información pública, a que se contrae el punto anterior, por lo que tratándose la presente de una violación de dicha naturaleza procede recurrir a esta acción de garantía. Asimismo, debe tenerse en cuenta en este proceso, las normas establecidas en los artículos 61° y siguientes del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, así como toda otra norma que favorezca la presente causa.

**IV. MEDIOS PROBATORIOS**

- Carta dirigida a la MPP de fecha 2-1-2006, solicitando copias certificadas de la Resolución de Alcaldía N° 602-04/MPP-Alcaldía.
- Carta reiterativa dirigida a la MPP de fecha 15/2/2006.
- Recibo de pago por concepto de Trámite ante el MPP a fin de que se me expida copias certificadas de la referida resolución de alcaldía.

**V. ANEXOS:**

- 1A. Copia del DNI
- 1B. Carta dirigida a la MPP de fecha 2-1-2006, solicitando Copias certificadas de la Resolución de Alcaldía N° 602-04/MPP-Alcaldía.
- 1C. Carta reiterativa dirigida a la MPP de fecha 15/2/2006.
- 1D. Recibo de pago por concepto de Trámite ante el MPP a fin de que se expida copias certificadas de la referida resolución de alcaldía.

Por lo expuesto:

A Ud. Señor Juez; solicito admitir la presente acción, tramitarla de acuerdo a su naturaleza y en su oportunidad declararla Fundada, ordenando se otorgue la información pública solicitada.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.

## Capítulo VIII

### PROCESO DE CUMPLIMIENTO

**1. ANTECEDENTES**

- 1) La institución que más se asemeja al proceso de Cumplimiento es el “Writ of Mandamus”, remedio jurídico contra el abuso del poder estatal que se niega a ejecutar o hacer algo de su competencia; en este caso, la Corte Suprema de EEUU se encuentra facultada para dictar mandatos contra cualquier autoridad o funcionario estatal (un ejemplo se puede ver en el célebre caso Marbury vs. Madison).
- 2) En la Constitución de Brasil de 1988 en su artículo 5°, inciso LXXI, se consagró el Mandato de Injuncao, que se concede en defensa de derechos y libertades fundamentales afectados por la falta de norma reguladora, que convierte en inviable el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía.
- 3) El proceso de Cumplimiento es relativamente nuevo para el Perú. El antecedente latinoamericano más cercano, y fuente directa de esta institución se encuentra en la Constitución Colombiana de 1991, que en su artículo 87° prescribe: “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenaría a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

## 2. FUNDAMENTOS PARA LA EXISTENCIA DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO

“El proceso de cumplimiento actúa sobre la base de dos derechos constitucionales objetivos: primero la constitucionalidad de los actos legislativos y segundo, la legalidad de los actos administrativos”<sup>99</sup>.

1. La validez constitucional de las leyes. En un ordenamiento jurídico coherente opera el principio de la presunción constitucional de validez de las Leyes que expide el Congreso, o el Poder Ejecutivo (por medio de la delegación de facultades). Ello indica que aquella persona, funcionario o autoridad que incumple lo establecido en la ley lesiona y vulnera la Constitución y, el principio de Supremacía Constitucional y legal.
2. La validez de los actos administrativos. Igualmente, en un ordenamiento jurídico coherente se presume que los actos administrativos son válidos (cosa decidida), salvo demostración en contrario. Ello nos permite afirmar que aquella persona, autoridad o funcionario que incumple un acto administrativo viola la ley y, por ende, el principio de legalidad.

Un presupuesto básico para resolver un proceso de cumplimiento es la inactividad administrativa, es decir, una situación de “omisión lesiva”. El proceso de Cumplimiento tiene por finalidad controlar las omisiones, inacciones, perezas u ocios que provengan de los órganos administrativos, y, en esa medida, puede decidirse que así como el contencioso administrativo tiene por objeto someter al control judicial la actuación administrativa; mediante el proceso de Cumplimiento se procura controlar jurisdiccionalmente la “inactividad administrativa”.

Ahora bien, se distingue la inactividad de la Administración en formal (consistente en la omisión en la producción de un acto administrativo o de una disposición reglamentaria) y material (el no cumplimiento de una norma legal o en la ejecución fáctica de un acto administrativo).

Si bien el Tribunal Constitucional se ha pronunciado porque el proceso de cumplimiento solo procede ante la inactividad material. “Este criterio deberá ampliarse para comprender supuestos de inactividad formal, como por ejemplo, cuando no se dicta un reglamento dentro del plazo legal establecido, tal como lo dispone el Código Procesal Constitucional”<sup>100</sup>.

99. LANDAARROYO, César, Ob. Cit., p. 140

100. ABAD YUPANQUI, Samuel B; Ob. Cit., p. 153

## 3. DEFINICIÓN Y PROBLEMÁTICA

Es un mecanismo procesal por el cual se pide a la autoridad judicial, ordene a un órgano estatal que cumpla las Leyes de la República o los actos administrativos que expide. Es establecida a favor del ciudadano o administrado para que el órgano estatal que desarrolla funciones ejecutivas cumpla con lo ordenado en la Ley y en los casos que decida. El cumplimiento de la ley o lo decidido en un acto administrativo, debe ser inmediato, y no cuando el ejecutivo lo crea conveniente.

Para evitar confusiones entre los derechos que cautelan el proceso de Amparo y el proceso de Cumplimiento debemos precisar lo siguiente:

El proceso de Amparo protege los derechos de las personas que se encuentran reconocidos explícita o implícitamente en la Constitución y procede contra cualquier persona, autoridad o funcionario que por acción u omisión amenace o viole tales derechos.

El proceso de Cumplimiento, por el contrario, procede contra la autoridad o funcionario renuente a acatar una ley o acto administrativo, es decir lo que cautela es el cumplimiento del derecho reconocido en la ley o acto administrativo determinado, y no el derecho de las personas que está reconocido en la Constitución.

El Tribunal Constitucional, mediante precedente vinculante caso Maximiliano Villanueva Valverde. Expediente N° 0168-2005-PC/TC ha establecido los requisitos mínimos comunes que debe observar el mandato contenido en la norma legal, el acto administrativo o la orden de emisión de una resolución para ser exigibles mediante el Proceso de Cumplimiento; esto es:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

#### 4. FINALIDAD

El inciso 6° del artículo 200° de la Constitución establece que procede este proceso contra el funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

El proceso persigue desterrar la ilegalidad que se pudiera presentar por omisión en el cumplimiento de un deber o de la ley, a los que están vinculados los funcionarios.

Las responsabilidades se establecerán en el correspondiente proceso civil, penal, o administrativo contra el funcionario o autoridad que incumplió un deber impuesto por la ley o por un acto administrativo firme.

En tanto el Art. 66° del Código Procesal Constitucional prescribe que es objeto del proceso de Cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

1. Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
2. Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Su finalidad, en consecuencia, será asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos por tanto contribuye a dar seguridad jurídica dentro de un Estado que se precie de ser de Derecho.

#### 5. EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

- Constitución de 1993 (artículo 200 inciso 6) como norma sustantiva; incluye por primera vez este proceso en nuestro ordenamiento jurídico.
- Código Procesal Constitucional Art. 66° al 74°, como norma adjetiva o de procedimiento.

##### 5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Conforme con lo prescrito por el Art. 67° del Código Procesal Constitucional; es actor:

- Cualquier persona tratándose de normas con rango de ley y reglamento.
- La persona a cuyo favor se expidió el acto o quién invoque interés para el cumplimiento del deber omitido, para el caso de hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo.
- Cualquier persona, tratándose de la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos.
- La Defensoría del Pueblo, está igualmente legitimada para interponer este tipo de procesos. En razón de ser defensor de los derechos fundamentales de la persona y comunidad.

##### 5.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Es demandado en este proceso la autoridad o funcionario de la administración pública renuente a cumplir una norma legal o ejecutar un acto administrativo. (Art. 60° del Código Procesal Constitucional).

##### 5.3. PROCEDENCIA

###### a) **Contra la renuencia de cumplir una norma legal o ejecutar un acto administrativo**

- **Norma Legal.-** Regla de conducta vigente para un determinado tiempo y lugar, que establece obligaciones y derechos. La noción de norma legal puede comprender no solo a las leyes aprobadas en el Congreso de la República (Ley formal), sino también a otros tipos de normas jurídicas, con rango igual a la ley, siempre y cuando regulen materia de carácter general y abstracto. Lo que se pretende con este proceso constitucional es que las normas legales se cumplan.
- **Acto Administrativo.-** Es la manifestación de voluntad unilateral y externa de la administración pública, en aplicación de un derecho objetivo, frente a un petitorio que formula un ciudadano o administrado, cuyo reconocimiento una vez que ha quedado firme otorga al particular un derecho cierto, que debe ser de obligatorio cumplimiento, por que contiene intrínsecamente una presunción de validez (cosa decidida), salvo que se demuestre su invalidez (Proceso Contencioso Administrativo).

- **Renuencia.**- Es el ocio administrativo. El funcionario o autoridad omite cumplir lo ordenado por la norma jurídica o dar cumplimiento a un acto administrativo firme.

**b) Contra la renuencia de emitir una resolución administrativo o dictar un reglamento, cuando las normas legales así lo ordenan**

La autoridad o funcionario puede violar la Ley al omitir (ocio administrativo) dictar una norma jurídica reglamentaria de alcance general y que ha sido dispuesta por una ley

**c) Contra Funcionario o Autoridad**

El proceso de cumplimiento deberá entenderse directamente con el funcionario de la entidad encargada del cumplimiento que se solicita. Si ella no fuera conocida, o no hubiera certeza de la misma, se deberá entender con su Superior Jerárquico, sin perjuicio que la demanda sea comunicada al Procurador Público.

**Autoridad.**- Persona que detenta poder político, policial – militar o judicial.

**Funcionario.**- Empleado público al servicio del Estado que tiene capacidad de decisión y representa a la entidad en funciones de su competencia, pero sólo en un nivel administrativo.

**d) En agravio de una persona**

El agravio o perjuicio debe ser directo y personal, respecto al derecho protegido por el proceso de Cumplimiento.

La Persona natural es la más susceptible de padecer abusos de poder de autoridades o funcionarios, es por ello que mediante esta vía se le garantiza sus derechos ciudadanos a que se cumpla las normas legales y los actos administrativos.

#### 5.4. JUEZ COMPETENTE

Es competente el Juez Civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho o tiene se domicilio principal el afectado, a elección del demandante (Art. 74° del Código Procesal Constitucional, en cuanto dispone que son aplicables a este proceso las normas del Amparo)

#### 5.5. REQUISITO ESPECIAL DE LA DEMANDA

Conforme con lo prescrito por el Art. 69° del Código Procesal Constitucional, para la procedencia de la demanda de cumplimiento el demandante debe, previamente, requerir por documento de fecha cierta el cumplimiento del deber legal o administrativo, a la autoridad respectiva, y que esta se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Solo es exigible este requisito, no siendo necesario agotar la vía previa que pueda existir.

#### 5.6. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA

A tenor de lo prescrito por el Art. 70°, del Código Procesal Constitucional, no procede el proceso de cumplimiento:

1. Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones. No procede para hacer cumplir resoluciones judiciales que han quedado consentidas (no se interpuso recurso impugnatorio que concedía la ley) o ejecutoriada (resoluciones dictadas en última instancia judicial). En tal caso, los respectivos códigos procesales franquean los mecanismos para hacer cumplir dichos fallos.

El proceso de Cumplimiento no procede para exigir el cumplimiento de una sentencia, pues para ello se establece una etapa procesal de “ejecución de sentencia” a la cual puede acudir quien se sienta perjudicado con el incumplimiento de lo resuelto por el Juez.

2. Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una Ley. Sin embargo, cabe su interposición para pedir la expedición de un Reglamento. Según el artículo 118 inciso 8 la potestad reglamentaria “corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y, dentro de tales límites dictar decretos y resoluciones”.
3. Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas corpus. En atención al principio de especialidad.
4. Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo. En razón de que en este caso,

es viable el proceso contencioso administrativo, luego de agotada la vía administrativa correspondiente.

5. Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario. Dada la posición privilegiada de la administración pública. En determinadas circunstancias cuando se presentan situaciones especiales (como por ejemplo cuando la administración tiene la facultad de otorgar de entre varias prestaciones una sola, o en caso de resolver, una petición aplicando la equidad), ésta queda facultada para resolver, con un margen de discrecionalidad, el asunto.
6. En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial.
7. Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el Art. 69° del Código; (Reclamo, por documento de fecha cierta, del deber legal o administrativo)
8. Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

### **5.7. PROCEDIMIENTO**

Conforme con lo prescrito por el artículo 74 del Código Procesal Constitucional el procedimiento aplicable a este proceso es el mismo que el previsto para el proceso de Amparo en lo que sea aplicable.

### **5.8. CONTENIDO DE LA SENTENCIA FUNDADA**

A tenor de lo prescrito por el Art. 72° del Código Procesal Constitucional; la sentencia que declara Fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

- a. La determinación de la obligación incumplida;
- b. La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- c. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;

- d. La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

### **5.9. RECURSOS IMPUGNATORIOS:**

#### **A) RECURSO DE APELACIÓN**

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso (Art. 57° del Código Procesal Constitucional de aplicación al presente).

#### **B) RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL**

Contra la resolución de segunda instancia, que declara infundada o improcedente la demanda procede interponer 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 el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto en un plazo máximo de treinta días.



**6. JURISPRUDENCIA SELECCIONADA:****PRECEDENTE VINCULANTE****COMENTARIO**

En este precedente vinculante, expedido en el marco del proceso de cumplimiento, Expediente N° 0168-2005-PC/TC. Caso: Villanueva Valverde; el Tribunal Constitucional dispone los requisitos mínimos y comunes que debe observar el mandato contenido en la norma legal, la ejecución de un acto administrativo y la orden de emisión de una resolución; para ser exigibles mediante el proceso de Cumplimiento. Esto es: a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante; g) Permitir individualizar al beneficiario.

**EXPEDIENTE N° 0168-2005-PC/TC****DEL SANTA****MAXIMILIANO VILLANUEVA VALVERDE****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Maximiliano Villanueva Valverde contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia

del Santa, de fojas 110, su fecha 4 de noviembre de 2004, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 1 de octubre de 2003, el recurrente interpone acción de cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP) solicitando que se cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión inicial de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 23908, que establece una pensión mínima no menor de tres remuneraciones mínimas vitales, así como que se ordene el reintegro de las pensiones devengadas y sus respectivos intereses legales. La ONP contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Alega que la Ley N° 23908 estableció el monto mínimo de la pensión en tres sueldos mínimos vitales, pero no dispuso que fuera, como mínimo, tres veces más que el básico de un servidor en actividad, el cual nunca llegó a ser igual al Ingreso Mínimo Legal, que estaba compuesto por el Sueldo Mínimo Vital más las bonificaciones por costo de vida y suplementaria. Añade que dicha norma fue derogada.

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

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

**FUNDAMENTOS**

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

**Carácter normativo de la Constitución y procesos constitucionales**

2. Desde el punto de vista doctrinario, es posible considerar que existen temas de naturaleza propiamente constitucionales y otros que, sin tener tal condición, son incorporados a la Constitución por el constituyente. Sin embargo, desde la perspectiva de la justicia

constitucional, que es la que le compete al Tribunal Constitucional, y a fin de preservar la supremacía jurídica de la Constitución, con arreglo a los artículos 45.º y 51.º de la Carta Magna, es indispensable reiterar el carácter normativo de la Constitución en su conjunto que, obviamente, abarca todas las materias que ella regula.

3. La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “lo constitucional” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no solo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

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

4. Atendiendo a las consideraciones expuestas es que debemos interpretar las normas contenidas en el Título V de la Constitución, relativas a las garantías constitucionales o procesos constitucionales. En efecto, el planteamiento descrito líneas arriba se confirma con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, relativo a los alcances de dicho cuerpo legal, que señala que tal Código “(...) regula los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Inconstitucionalidad, Acción Popular y los conflictos de Competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución”. Consiguientemente, el Código Procesal Constitucional acatando el mandato constitucional, reconoce al proceso de Cumplimiento su carácter de proceso constitucional.
5. Ahora bien, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen, entre sus fines esenciales, los de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales que son posibles, o se concretizan, a través de las finalidades específicas de cada uno de los procesos constitucionales. Por tanto, para configurar el perfil exacto del proceso de cumplimiento, garantizando la autonomía de cada uno de los procesos constitucionales que protegen

derechos constitucionales (Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data), debemos precisar, dentro del marco del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como es que mediante el proceso de cumplimiento se alcanzan los fines comunes a los procesos constitucionales.

6. Para ello, es necesario tener presente que el artículo 3º, concordante con el artículo 43º de la Constitución, dispone que la enumeración de los derechos establecidos en su capítulo I del Título I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Véase Exp. N.º 2488-HC, fundamento 12).
7. En efecto, conforme a los principios de soberanía del pueblo (artículo 45.º de la Constitución) y de forma republicana de gobierno, al carácter social y democrático de nuestro Estado (artículo 43.º de la Constitución), y al principio de jerarquía normativa (artículo 51.º de la Constitución), el respeto al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, donde se incluyen las decisiones de este Tribunal Constitucional, constituye uno de los valores preeminentes de todo sistema democrático por donde los poderes públicos y los ciudadanos deben guiar su conducta por el derecho.
8. Por tanto, el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no solo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.
9. Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3º, 43º y 45º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las

personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65° del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de Cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de Cumplimiento.

10. En efecto, el inciso 6° del artículo 200° de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de Hábeas Data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.
11. Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3° y 43°), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38°) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51°) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.

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

12. Es así que desde la línea argumental descrita en el artículo 66° del Código Procesal Constitucional, el objeto de este tipo de procesos será ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento. En ambos casos, el Tribunal Constitucional considera que para la procedencia del proceso de Cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato

de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70.° del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea.

13. Sobre las características mínimas comunes de la norma legal o del acto administrativo cuyo cumplimiento se exige, este Colegiado ha afirmado que "(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente". (Exp. N.° 0191-2003-AC, fundamento 6).
14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:
  - a) Ser un mandato vigente.
  - b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
  - c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
  - d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
  - e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

  - f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
  - g) Permitir individualizar al beneficiario.
15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el

adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.
17. De no ser así, el proceso de cumplimiento terminaría convirtiéndose en un proceso declarativo, o de conocimiento, con abundancia de medios probatorios y en cuyo seno se discutan controversias propias de este tipo de procesos. Por el contrario, si tal proceso conserva su carácter especial (ser un proceso de condena, de ejecución, breve, sumario, donde la actividad probatoria es mínima), bastará que se acredite el incumplimiento de la norma legal, la inejecución del acto administrativo, el incumplimiento de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento y la renuencia, consiguiéndose un proceso rápido y, sobre todo, eficaz.
18. Por tanto, para el Tribunal Constitucional las características básicas del proceso de cumplimiento diseñado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, son las reseñadas precedentemente.

#### **Análisis del presente caso**

19. En el caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N.º 1417-2005-AA/TC), este Colegiado estableció que “(...) los criterios uniformes y reiterados contenidos en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en materia pensionaria, mantienen sus efectos vinculantes. En consecuencia, a pesar de que determinadas pretensiones sobre la materia no puedan en el futuro ser ventiladas en sede constitucional, la judicatura ordinaria se encuentra vinculada por las sentencias en materia pensionaria expedidas por este Colegiado”. (Fundamento 60).
20. En tal sentido, es claro que los criterios interpretativos que bajo el marco de la Constitución establecimos para la aplicación de la Ley

Nº 23908, deben servir para resolver los casos originados por dicha ley en la vía jurisdiccional ordinaria y en la vía administrativa. Del mismo modo debe procederse respecto a los criterios relativos a otras normas legales sobre pensiones. Por ejemplo, los criterios interpretativos desarrollados en el caso Briones Vigo (Exp. Nº 0198-2003-AC/TC), fundamentos 2 a 15, relacionados con la aplicación de la Ley Nº 23908, constituirán precedentes de observancia obligatoria para las controversias derivadas de tal ley.

21. En dicha sentencia se precisó que “El Decreto Ley Nº 25967, vigente desde el 19 de diciembre de 1992, modificó los requisitos del Decreto Ley Nº 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 Nº 23908 (...). Por tanto, la pensión mínima regulada por la Ley Nº 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 Nº 25967), con las limitaciones que estableció su artículo 3º, y solo hasta la fecha de su derogación tácita por el Decreto Ley Nº 25967”. (Caso Briones Vigo, Exp. Nº 0198-2003-AC/TC, fundamento 10).
22. En el presente caso, de la Resolución Nº 0000050737-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 20 de setiembre de 2002, que obra a fojas 2 de autos, se advierte que al demandante se le reconoció su pensión de jubilación a partir del 1 de diciembre de 1994. En consecuencia, habiéndose verificado la contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992 (fecha en que entró en vigencia el Decreto Ley Nº 25967), no le corresponde el beneficio de la pensión mínima establecido por la Ley Nº 23908, conforme a los criterios reseñados en el fundamento anterior. Razón por la cual la demanda debe ser desestimada. Del mismo modo, habiéndose desestimado la pretensión principal, la subordinada corre la misma suerte, por lo que el pedido de pago de devengados e intereses debe también desestimarse.

#### **Precedente vinculante**

23. La resolución del presente caso en la vía de cumplimiento, teniendo como base los precedentes del Caso Briones Vigo (Exp. Nº 0198-2003-AC/TC, fundamento 10), demuestra cómo hasta ahora los criterios de la jurisdicción constitucional han sido bastante flexibles y amplios para evaluar normas legales y actos administrativos cuyo

cumplimiento se exige en la presente vía constitucional. Sin embargo, y dentro del marco de la función de ordenación del Tribunal Constitucional, se hace indispensable, para los casos futuros que se tramiten en la vía del proceso de cumplimiento, la aplicación estricta de los requisitos mínimos comunes a los mandatos contenidos en las normas legales y actos administrativos cuyo cumplimiento se exige, que han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y que se resumen en la presente sentencia, a fin de no desnaturalizar el carácter breve y expeditivo del proceso de cumplimiento.

24. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos 14, 15 y 16, supra, constituyen precedente vinculante para todos los procesos de cumplimiento, puesto que son indispensables para determinar la procedencia de la vía del proceso constitucional de cumplimiento.
25. Con ello el Tribunal Constitucional busca perfeccionar el proceso de cumplimiento a fin de que sea realmente eficaz y expeditivo. Por tanto, el precedente establecido en el párrafo anterior será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, de modo que toda demanda que sea presentada y que no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite y adolezcan de ellos, deberán ser declaradas improcedentes.

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

26. A partir de la expedición de la sentencia del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), el Tribunal Constitucional estableció que los derechos pensionarios de orden legal, entre otros, por ejemplo los derivados de la Ley N° 23908, deberán ser conocidos en la vía del contencioso administrativo y no mediante el proceso de amparo, salvo las excepciones que se establecieron en la misma sentencia, encauzándose las demandas que se declarasen improcedentes, conforme a los nuevos criterios, a la vía contenciosa administrativa.
27. Consecuentemente, y aplicando similares criterios, las demandas de cumplimiento que no cumplan con los requisitos de procedibilidad

descritos en la presente sentencia, deberán tramitarse por la vía específica para las controversias derivadas de las omisiones de la administración pública sobre materia pensionaria que, conforme a los artículos 4° (inciso 2) y 24° (inciso 2) de la Ley N° 27584, será el proceso contencioso administrativo a través de la vía sumarísima.

28. Por lo tanto, a la luz de las funciones de ordenación y pacificación inherentes a este Tribunal Constitucional las demandas de cumplimiento sobre materia pensionaria que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en los fundamentos 14, 15, 16 supra de la presente sentencia sean declaradas improcedentes, deberán seguir las reglas procesales establecidas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), con las adaptaciones necesarias relativas al proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24°, inciso 2 de la Ley N° 27584.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **INFUNDADA** la acción de Cumplimiento.
2. Declarar que los criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento, previstos en los fundamentos 14, 15 y 16, supra, constituyen precedente vinculante inmediato, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst.; motivo por el cual, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano, toda demanda de Cumplimiento que sea presentada o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, debe ser declarada improcedente. Declarar que las reglas procesales de aplicación a las demandas de Cumplimiento que a la fecha de publicación de esta sentencia se encuentren en trámite, serán las previstas en los fundamentos 53 a 58 y 60 del caso Manuel Anicama Hernández (Exp. N° 1417-2005-AA/TC), de modo que serán vinculantes tanto para los jueces que conocen los procesos de cumplimiento, como para los jueces que resulten competentes para conocer las demandas contencioso administrativas, en la vía del proceso sumarísimo a que se refiere el artículo 24°, inciso 2 de la Ley N° 27584.

Publíquese y Notifíquese

### COMENTARIO

Por la presente sentencia, el Tribunal Constitucional declara FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta. Expediente N° 0142-2003-AC/TC Lima, caso Juan Manuel Méndez Osborn y otros; y dispone que el Poder Judicial cumpla de inmediato con pagar a los demandantes (ex magistrados de la Corte Suprema de la República) su pensión de jubilación nivelable, desde las fechas señaladas en cada uno de los documentos cuyo cumplimiento se pretende, conforme con las Resoluciones Administrativas correspondientes.

**EXP. N° 0142-2003- AC/TC**

**LIMA**

**JUAN MANUEL MENDEZ OSBORN Y OTROS  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 19 días del mes de marzo de 2003, reunida en la Sala Segunda del Tribunal Constitucional con la asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Manuel Méndez Osborn y otros contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 159, su fecha 4 de octubre de 2002, que declaró improcedente la acción de cumplimiento de autos.

#### ANTECEDENTES

Juan Manuel Méndez Osborn, Juan Oscar Torres García, Justo Ernesto Valdivia Pezo y Federico Gutiérrez Salazar, interponen acción de cumplimiento contra el Poder Judicial y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), para que cumplan con nivelar su pensión de jubilación comprendida dentro del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, de conformidad con las Resoluciones de Supervisión del Personal de la Gerencia General del Poder Judicial N° 386, 387, 388 y 389-GG-GA y F-SP-PJ, todas de fecha 22 de marzo de 1999; la Resolución Administración del Consejo Ejecutivo N° 041-2001-CE-PJ, de fecha 30 de mayo de 2001, y

la Resolución de Supervisión de Personal N° 8253-2001-SP-GAF-GG-PJ, del 8 de junio de 2001, que dispone la nivelación de los magistrados de la Corte Suprema de la República. Agregan que la diminuta pensión de jubilación que perciben no corresponde a la categoría ni al nivel del magistrado supremo alcanzado por ellos durante más de 40 años de actividad jurisdiccional en el Poder Judicial, si se tienen en cuenta los sueldos que perciben los magistrados supremos en actividad.

El Procurador Público a cargo de los asuntos del Poder Judicial, contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, indicando que el pago de las nivelaciones de las pensiones de los magistrados cesantes está sujeto a una condición suspensiva, vale decir, a la disponibilidad presupuestaria que para tal fin le asigne el MEF, lo que determina que no pueden cumplir, por el momento, con dicha obligación, y convierte en inexigible la pretensión de los demandantes; señalando, además, que su representada ha realizado las gestiones pertinentes a fin de cumplir con los pagos solicitados.

El Procurador Público encargado de los asuntos del MEF, deduce la nulidad de la resolución que admite la demanda y propone las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, de falta de legitimidad para obrar del demandado y de falta de agotamiento de las vías previas; asimismo, solicita que se declare improcedente o infundada la demanda, por considerar que no es responsabilidad del ministerio demandado que el Poder Judicial no haya previsto sus gastos dentro del presupuesto de su sector, para atender las nivelaciones solicitadas.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 9 de mayo de 2002, declara fundada, en parte, la nulidad deducida e improcedente la demanda, dejando a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer con arreglo a ley, por considerar que en el proceso existente una indebida acumulación subjetiva de pretensiones.

La recurrida confirma la apelada en cuanto declara fundada, en parte, la nulidad deducida e improcedente la demanda, alegando que se admitió a trámite la acción de Cumplimiento sin advertirse la existencia de una indebida acumulación subjetiva de pretensiones.

#### FUNDAMENTOS

1. El objeto de la acción de cumplimiento es preservar la eficacia de las normas con rango de ley y, también, de los actos administrativos

emanados de la Administración Pública que funcionarios o autoridades se muestren renuentes a acatar.

2. Los demandantes interponen la presente acción al fin que se haga efectiva la nivelación de sus pensiones, reconocidas mediante las Resoluciones de Supervisión de Personal de la Gerencia General del Poder Judicial N° 386, 387, 388 y 389-GG-GA Y F-SP-PJ, todas de fecha 22 de marzo de 1999; la Resolución Administrativa de Consejo Ejecutivo N° 041-2001CE-PJ, de fecha 30 de mayo de 2001, y la Resolución de Supervisión de Personal N° 823-2001-SP-GAF-GG-PJ, del 8 de junio de 2001, expedidas todas por el Poder Judicial, y han cursado la carta notarial correspondiente conforme consta de fojas 52 a 55.
3. Con relación a la nulidad deducida respecto a la indebida acumulación subjetiva de pretensiones, conforme lo ha advertido el a quo, éstas versan sobre títulos distintos. No obstante que no procedió la acumulación efectuada, el Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre el fondo del caso sub exámine, puesto que, ante la evidente vulneración de los derechos constitucionales de los demandantes, no pueden dejar de administrar justicia, más aún, si se tiene en cuenta el principio de economía y celeridad procesal que debe considerarse con mayor énfasis en temas constitucionales de naturaleza alimentaria, como ocurre en el presente caso.
4. Respecto de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, se advierte que ésta ha sido formulada en forma clara, solicitándose la ejecución y cumplimiento de los actos administrativos que les otorga la nivelación de sus pensiones de conformidad con el D.L. N° 20530; en consecuencia, dicha excepción debe desestimarse.
5. En cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado respecto al MEF, debe tenerse en cuenta que si bien esta institución no tiene ninguna relación jurídica directa con los demandantes, sin embargo, es la encargada de autorizar y otorgar los recursos correspondientes, a fin de que se pueda cumplir con el pago que se exige en el caso de autos; consiguientemente, dicha excepción también debe desestimarse.
6. En lo referente a la excepción de falta de agotamiento de las vías previas, se advierte, a fojas 52, que los demandantes cursaron a los demandados la correspondiente carta notarial de requerimiento

previo, el 28 de enero de 2002, e interpusieron la demanda el 13 de marzo de 2002; es decir, dejando transcurrir los quince días establecidos en el artículo 5°, inciso c) de la Ley N° 26301, y dentro de los sesenta días hábiles subsiguientes; de modo que cumplieron con agotar la vía previa e interpusieron la demanda dentro del término de ley.

7. Conforme se aprecia de la contestación de los demandados, el Poder Judicial sostiene que ha realizado las gestiones pertinentes ante el MEF, a fin de cumplir con el pago que se solicita; por su parte, esta entidad alega que el Poder Judicial no ha previsto, en el presupuesto que presenta, la inclusión de un monto específico para poder atender dicho pago; sin embargo, ninguna de las entidades demandadas ha acreditado fehacientemente haber realizado todas las gestiones y trámites que a cada una de ellas les corresponde para cumplir con el referido pago.
8. En este sentido, no es razonable el tiempo transcurrido sin que se haya podido concluir hasta la fecha, con resultados positivos, las gestiones necesarias para cumplir con lo solicitado; incluso si se considera si el Poder Judicial estuvo en capacidad o no de realizar dicho pago o si el MEF tuvo la posibilidad o no de otorgarlo; con mayor razón, si se tiene en cuenta que el pago de pensiones de naturaleza alimentaria, es prioritario sobre cualquier obligación del empleador.
9. Las resoluciones cuyo cumplimiento se solicita contienen derechos reconocidos a favor de los demandantes y tiene la calidad de cosa decidida, al haber quedado consentidas; por otro lado, ha transcurrido en exceso el plazo de seis meses para declarar de oficio su nulidad; por consiguiente, las mismas resultan de cumplimiento obligatorio, debiendo adoptarse todas las medidas que sean necesarias para su efectiva ejecución y cumplimiento.
10. Por consiguiente, habiéndose acreditado el incumplimiento de obligaciones derivadas de la ley y de un acto administrativo, resulta de aplicación el artículo 3° de Ley N° 26301 y los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 23506, en concordancia con el artículo 200° inciso 6), de la Constitución.

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

**FALLA**

Revocando la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA**, e; integrando la sentencia declara infundadas las excepciones de falta de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, falta de legitimidad para obrar del demandado y falta de agotamiento de las vías previas; y, en consecuencia, dispone que el Poder Judicial cumpla de inmediato con pagar a los demandantes su pensión de jubilación nivelable, desde las fechas señaladas en cada uno de los documentos cuyo cumplimiento se pretende, conforme a las Resoluciones de Supervisión de Personal de la Gerencia General del Poder Judicial N° 386, 387 y 389-GG-GA y F-SP-PJ, de fecha 30 de marzo de 1999; la Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo N° 041-2001-CE-PJ, de fecha 30 de mayo de 2001 y la Resolución de Supervisión de Personal N° 823-2001-SP-GAF-GP-PJ, del 8 de junio de 2001; y, en caso de que no se cuente con los recursos necesarios, el Ministerio de Economía y Finanzas deberá preveer de inmediato dichos recursos necesarios, a fin que se cumpla con las nivelaciones solicitadas. Dispone la notificación a las partes y la devolución de los actuados.

**SS.****REY TERRY****REVOREDO MARSANO****GARCIA TOMA.****COMENTARIO****EXIGENCIA DE PENSIÓN POR ENFERMEDAD  
PROFESIONAL EN EL SECTOR MINERO**

En el artículo 6° de la Ley N° 25009 y el artículo 20 de su reglamento que para el caso son normas autoaplicativos, se establece que los trabajadores de la actividad minera que adolezcan de silicosis en el primer grado o su equivalente en la tabla de enfermedades profesionales, se acogerán a la pensión de jubilación con derecho a pensión completa, por lo que el Tribunal Constitucional entiende que hay renuencia de la entidad demandada y violación del derecho fundamental solicitado por el demandante, el cual se la ha denegado en contra del texto claro de la ley.

**Exp. N° 199-2001- AC/TC****Concordancias**

C.P.C.: Art. 427° incico 6)

L.N° 25009: Art. 6°

L.N° 26301: Art. 5° inc. c)

Junín

**Teodoro Cóndor Yantas****Sentencia del Tribunal Constitucional**

En Lima, a los veintinueve días del mes de mayo de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en Sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente, Rey Terry, Vicepresidente Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano pronuncia la siguiente sentencia.

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Teodoro Cóndor Yantas, contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas noventa y dos, su fecha veintitrés de noviembre de dos mil, que declaró improcedente la acción de Cumplimiento de autos.

**ANTECEDENTES**

El recurrente interpone acción de Cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a fin de que se cumpla con otorgarle



la pensión de jubilación minera de acuerdo con la Ley N° 25009 y su Reglamento, que le corresponde por haber trabajado como laminador en la refinería de plomo en la Empresa Minera del Centro del Perú S.A., aportando durante veintisiete años y cesado a los cuarenta y siete años de edad. Asimismo, refiere que padece, de neumoconiosis, según el certificado que obra en el expediente administrativo de la demanda.

La emplazada, absolviendo el traslado de contestación de la demanda, la niega y contradice en todos sus extremos, precisando que la misma resulta improcedente, por cuanto el demandante no cumple con el requisito de la edad que establece la Ley N° 25009, y que según el dictamen de la Comisión Médica de Evaluación de Incapacidad de ESSALUD no padece de enfermedad profesional.

El Primer Juzgado Civil de Huancayo, a fojas cincuenta y dos, con fecha veintitrés de julio de dos mil, declaró infundada la demanda, por considerar que el demandante no cumplió los cincuenta años de edad al tiempo de cesar, conforme lo requiere la Ley N° 25009.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que la sede constitucional no es la más pertinente para su dilucidación, teniendo en cuenta que haber cesado a los cuarenta y siete años de edad no le da lugar al demandante para solicitar el derecho que invoca, y que el petitorio es jurídicamente imposible en atención a lo previsto en el artículo 427°, inciso 6) del Código Procesal Civil y artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FUNDAMENTOS**

1. El demandante ha cumplido con cursar la carta de requerimiento establecido por el artículo 5° inciso c), de la Ley N° 26301 y con imponer esta demanda en el término de ley.
2. De autos aparece que el demandante cesó en su actividad laboral el treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y tres, con cuarenta y siete años de edad y veintisiete años de aportaciones, en la Empresa Minera del Centro del Perú S.A., como laminador de la sección refinería de plomo del campamento de la Oroya, y que según el examen médico ocupacional efectuado por la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud, acompañada a su escrito de apelación de fojas catorce, de fecha treinta y setiembre de mil novecientos noventa y nueve, obrante a fojas cuarenta y dos del cuaderno organizado en este Tribunal, adolece de neumoconiosis en el segundo grado de evolución.

3. Dicho examen se encuentra corroborado por otro posterior, expedido por la misma repartición de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, con fecha diez de marzo de dos mil, que corre a fojas veinte de autos, según el cual el demandante sigue padeciendo de neumoconiosis en el primer grado de evolución, mas no se considera el informe N° 416-2000-GO/ONP, de fecha ocho de setiembre de mil novecientos noventa y siete, que señala que el demandante por entonces no adolecía aún de enfermedad profesional alguna, máxime si se tiene en cuenta que esta clase de riesgos laborales se caracteriza por ser subrepticia y de lenta evolución; por lo que el Tribunal Constitucional ordena a la demandada, el cual se le ha denegado en contra del texto claro de ley.
4. El artículo 6° de la Ley N° 25009 y el artículo 20° de su reglamento que en este caso son aplicativos, establecen que los trabajadores de la actividad minera que adolezcan de silicosis en el primer grado o su equivalente en la tabla de enfermedades profesionales, se acogerán a la pensión de jubilación, con derecho a pensión completa.

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

#### **FALLA**

**REVOCANDO** la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, declara **FUNDADA** la acción de cumplimiento; por consiguiente, sin efecto la Resolución N° 016397-98-ONP/DC, de fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y ocho; ordena que la entidad demandada expida nueva resolución otorgando pensión completa de jubilación a favor del demandante, con arreglo a la Ley N° 25009 y su reglamento. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los autos.

S.S.

AGUIRRE ROCA

REY TERRY

NUGENT

DIAZ VALVERDE

ACOSTA SANCHEZ

REVOREDO MARSANO

## 7. MODELO DE DEMANDA

Sec.-

Expediente N°.-

Escrito N°.-

SUMILLA: PROCESO DE CUMPLIMIENTO

### Señor Juez Especializado en lo Civil:

CARLOS GONZALES GONZALES, abogado con Registro 589 de Colegio de Abogados de Piura, con DNI 02830426; con dirección domiciliaria en calle Libertad N° 228 – Piura y con domicilio procesal calle Lima 450 Ofic. 203 – Piura, a Ud. digo:

### I. PETITORIO

Que, recurro a su Despacho a fin de interponer la presente Demanda de Cumplimiento contra la Oficina de Normalización Previsional a quien deberá notificar en la ONP – Lima sito en Av. Bolivia N° 144, piso 17, Torre del Centro Cívico y Comercial de Lima, librándose el Exhorto respectivo, al Juez de dicha ciudad. En razón que personal de la ONP – Piura, según ellos por instrucciones dictadas de Lima, impiden el ejercicio de mi profesión como Abogado, no permitiéndose la revisión de los expedientes administrativos de mis patrocinados que solicitan asesoría, incluso llegan a la prepotencia de impedirnos, el ingreso a dicha sede. Como quiera que tales acciones violentan Derechos Constitucionales de libertad de trabajo, del derecho de defensa de nuestros patrocinados; y, además incumplen el claro mandato de la Constitución y la Ley; nos vemos obligados a interponer la presente.

### II. FUNDAMENTOS DE HECHO

- 1ro. Son múltiples los casos en donde la ONP – Piura impide el libre ejercicio de la Abogacía. En mi caso no se me permite la revisión de los expedientes administrativos correspondientes a mis patrocinados; dejándolos en la más completa indefensión.
- 2do. Ante esta flagrante inobservancia de la Ley y la Constitución, el decano del Colegio de Abogados del cual dependo en múltiples ocasiones ha requerido a dicha institución para que desista de tal

actitud, y se facilite el acceso a los expedientes administrativos, sin obtener respuesta hasta la fecha.

- 3ro. El recurrente, conforme documento de fecha cierta que adjunto, también en igual sentido requerí a dichos funcionarios, con fecha 20 de febrero de 2005, para que en cumplimiento de la Ley, otorguen las facilidades para revisar los expedientes administrativos de mis patrocinados, sin obtener ninguna respuesta hasta la fecha, y por el contrario se agudizó la ilegal conducta.

### III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

- Constitución Política en cuanto garantiza el libre ejercicio del derecho al Trabajo; así como el libre ejercicio de la profesión de abogado.
- Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, en cuanto en el artículo 160 prescribe el derecho que “que los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas”.
- Código Procesal Constitucional, artículo 66 y siguientes, como norma adjetiva.

### IV. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS:

1A. Copia del DNI del recurrente

1B. Copias de la Carta dirigida a la ONP de fecha 20/02/2005.

Por lo expuesto:

A Ud. Señor Juez, solicito admitir la presente; declarándola fundada en su oportunidad.

Lugar; Fecha, firma del abogado y del demandante.

---

**CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LEY N° 28237**

*(PUBLICADA EL 31 DE MAYO DE 2004)*

**TÍTULO PRELIMINAR**

**Artículo I.- Alcances**

El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200° y 202° inciso 3) de la Constitución.

**Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales**

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

**Artículo III.- Principios Procesales**

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

#### **Artículo IV.- Órganos Competentes**

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.

#### **Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales**

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 los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre los derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

#### **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional**

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

#### **Artículo VII.- Precedente**

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

#### **Artículo VIII.- Juez y Derecho**

El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

#### **Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración**

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

### **TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO**

#### **Artículo 1°.- Finalidad de los Procesos**

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

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.

### **Artículo 2°.- Procedencia**

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

### **Artículo 3°.- Procedencia frente a actos basados en normas<sup>(1)</sup>**

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicabilidad de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular.

La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley. (Modificado por ley.

(1) Artículo modificado por Ley N° 28946 del 24/12/06.

### **Artículo 4°.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales**

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

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.

### **Artículo 5°.- Causales de Improcedencia**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
3. El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;
5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
7. Se cuestionen las 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;

8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva<sup>(2)</sup>

9. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes,
10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus.

#### **Artículo 6°.- Cosa Juzgada**

En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.

#### **Artículo 7°.- Representación Procesal del Estado**

La defensa de Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo, actuarán directamente las entidades que tengan personería jurídica propia<sup>(3)</sup>.

2. Numeral modificado por el Artículo Unico de la Ley N° 28642, del 08/12/2005.  
Según Exp. N° 0007-2007-PI/TC pub. 22/06/2007; declarado inconstitucional el artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del art. 5 numeral 8 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.
3. Párrafo derogado por el art. 2 de la Ley N° 28496 del 24/12/2006.

El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado.

Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien se dirige la demanda ya ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda.

#### **Artículo 8°.- Responsabilidad del agresor**

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.

Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99° de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes.

#### **Artículo 9°.- Ausencia de etapa probatoria**

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

#### **Artículo 10°.- Excepciones y defensas previas**

Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de hábeas corpus. <sup>(4)</sup>

4. Artículo modificado por la Ley N° 28946 del 24/12/2006.

**Artículo 11°.- Integración de decisiones**

Los jueces superiores integrarán las decisiones cuando no adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión.

**Artículo 12°.- Turno**

El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, salvo en los procesos de hábeas corpus en donde es competente cualquier juez penal de la localidad.

**Artículo 13°.- Tramitación preferente**

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de éstos, será exigida y sancionada por los órganos competentes.

**Artículo 14°.- Notificaciones**

Todas las resoluciones serán notificadas oportunamente a las partes, con excepción de las actuaciones a que se refiere el artículo 9° del presente Código.

**Artículo 15°.- Medidas Cautelares**

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3° de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo el juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que le da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.<sup>(5)</sup>

**Artículo 16°.- Extinción de la medida cautelar**

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

5. Artículo modificado por el art. 1 de la Ley 28946 del 24/12/2006.

En lo que respecta al pago de costas y costos se estará a lo dispuesto por el artículo 56°.

#### **Artículo 17°.- Sentencia**

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:

1. La identificación del demandante;
2. La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
3. La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
4. La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
5. La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

#### **Artículo 18°.- Recurso de agravio constitucional**

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.

#### **Artículo 19°.- Recurso de Queja**

Contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copias de la resolución recurrida y de la denegatoria, certificadas por abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus. El recurso será resuelto dentro de los diez de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

#### **Artículo 20°.- Pronunciamiento del Tribunal Constitucional**

Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

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. Sin embargo, si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.

#### **Artículo 21°.- Incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso**

Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posteridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el Juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El Juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado.

#### **Artículo 22°.- Actuación de Sentencias**

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como, apercibimiento en la sentencia sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio



de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día de calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

#### **Artículo 23°.- Procedencia durante los regímenes de excepción**

Razonabilidad y proporcionalidad.- Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:

- 1) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;
- 2) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,
- 3) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez.

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

#### **Artículo 24°.- Agotamiento de la jurisdicción nacional**

La resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo agota la jurisdicción nacional.

## **TÍTULO II PROCESO DE HÁBEAS CORPUS CAPÍTULO I DERECHOS PROTEGIDOS**

### **Artículo 25°.- Derechos protegidos**

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual.

1. La integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
2. El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro de cualquier grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
4. El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
5. El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrarse su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
6. El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar, o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
7. El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo al acápite "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
8. El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
9. El derecho a no ser detenido por deudas.

10. El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
11. El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.
12. El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
13. El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulte arbitrarios o injustificados.
14. El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el Juez.
15. El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el art. 99° de la Constitución.
16. El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.
17. El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.

También procede el Hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

## **CAPÍTULO II PROCEDIMIENTO**

### **Artículo 26°.- Legitimación**

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma de letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

### **Artículo 27°.- Demanda**

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante

el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

### **Artículo 28°.- Competencia**

La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

### **Artículo 29°.- Competencia del Juez de Paz**

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

### **Artículo 30°.- Trámite en caso de detención arbitraria**

Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que se cumpla la resolución judicial.

### **Artículo 31°.- Trámite en casos distintos**

Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.

La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda así como su abogado, si lo hubiere.

### **Artículo 32°.- Trámite en caso de desaparición forzada**

Sin perjuicio del trámite previsto en los artículos anteriores, cuando se trate de la desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporciona elementos de juicio

satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el Juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.

Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

#### **Artículo 33°.- Normas especiales de procedimiento**

Este proceso se somete además a las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.
- 2) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.
- 3) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.
- 4) No interviene el Ministerio Público.
- 5) Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.
- 6) El Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.
- 7) Las actuaciones procesales son improrrogables.

#### **Artículo 34°.- Contenido de sentencia fundada**

La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
- 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la

custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o

- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; O
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

#### **Artículo 35°.- Apelación**

Solo es apelable la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para apelar es de dos días.

#### **Artículo 36°.- Trámite de Apelación**

Interpuesta la apelación el Juez elevará en el día los autos al Superior, quien resolverá el proceso en el plazo de cinco días bajo responsabilidad. A la vista de la causa los abogados podrán informar.

### **TÍTULO III PROCESO DE AMPARO**

#### **CAPÍTULO I DERECHOS PROTEGIDOS**

#### **Artículo 37°.- Derechos protegidos**

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1. De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;
2. Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
3. De información, opinión y expresión;
4. A la libre contratación;
5. A la creación artística, intelectual y científica;
6. De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
7. De reunión;

8. Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
9. De asociación;
10. Al trabajo;
11. De sindicación, negociación colectiva y huelga;
12. De propiedad y herencia;
13. De petición ante la autoridad competente;
14. De participación individual o colectiva en la vida política del país;
15. A la nacionalidad;
16. De tutela procesal efectiva;
17. A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
18. De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
19. A la seguridad social;
20. De la remuneración y pensión;
21. De la libertad de cátedra;
22. De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35° de la Constitución;
23. De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
24. A la salud; y
25. Los demás que la Constitución reconoce.

#### **Artículo 38°.- Derechos no protegidos**

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.

## **CAPÍTULO II PROCEDIMIENTO**

### **Artículo 39°.- Legitimación**

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

### **Artículo 40°.- Representación Procesal**

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesario la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

### **Artículo 41°.- Procuración Oficiosa**

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizarla por el procurador oficioso.

### **Artículo 42°.- Demanda**

La demanda escrita contendrá, cuando menos los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del Juez ante quien se interpone;
- 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- 3) El nombre y domicilio del demandante, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7° del presente Código;
- 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
- 5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
- 6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

#### **Artículo 43°.- Acumulación subjetiva de oficio**

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

#### **Artículo 44°.- Plazo de interposición de la demanda**

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra la resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.

- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Solo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

#### **Artículo 45°.- Agotamiento de las vías previas**

El amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

#### **Artículo 46°.- Excepciones al agotamiento de las vías previas**

No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
- 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o
- 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

#### **Artículo 47°.- Improcedencia liminar**

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5° del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de

comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que se rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

#### **Artículo 48°.- Inadmisibilidad**

Si el Juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable.

#### **Artículo 49°.- Reconvención, abandono y desistimiento**

En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso. Es procedente el desistimiento.

#### **Artículo 50°.- Acumulación de procesos y resolución inimpugnable**

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

#### **Artículo 51°.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte<sup>(6)</sup>**

Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

En el proceso de amparo, hábeas data y en el de cumplimiento no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10° y 53° de este Código.

*De comprobarse malicia o temeridad en la elección del Juez por el demandante, éste será pasible de una multa no menor de 3 URP ni mayor a 10 URP, sin perjuicio de remitir copias al Ministerio Público, para que proceda con arreglo a sus atribuciones.*

(6) Artículo modificado pro la Ley N° 28946 del 22/12/06

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia de la República respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

*La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.<sup>(\*)</sup>*

#### **Artículo 52°.- Impedimentos**

El Juez deberá abstenerse cuando concurren las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación.

El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre en una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

#### **Artículo 53°.- Trámite**

En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un auto de saneamiento procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad. La apelación de la resolución que ampare una o más de las excepciones propuestas es concedida con efecto suspensivo. La apelación de la resolución que desestima la excepción propuesta es concedida sin efecto suspensivo.

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.

(\*) Párrafos derogados pro la Ley 29364 del 28/5/09

El Juez en el Auto de Saneamiento, si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo subsane, vencido el cual expedirá una sentencia. En los demás casos expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112° del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto".<sup>(7)</sup>

#### **Artículo 54°.- Intervención litisconsorcial**

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

#### **Artículo 55°.- Contenido de la Sentencia fundada**

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

7. Artículo modificado por la Ley N° 28946 del 24/12/06.

#### **Artículo 56°.- Costas y Costos**

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

#### **Artículo 57°.- Apelación**

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

#### **Artículo 58°.- Trámite de la apelación**

El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

#### **Artículo 59°.- Ejecución de Sentencia**

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El

Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una presentación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

#### **Artículo 60°.- Procedimiento para la represión de actos homogéneos**

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el juez de ejecución.

Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo.

La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto represivo sobreviniente.

### **TÍTULO IV PROCESO DE HÁBEAS DATA**

#### **Artículo 61°.- Derechos protegidos**

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

- 1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.
- 2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

#### **Artículo 62°.- Requisito especial de la demanda**

Para la procedencia del hábeas data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

#### **Artículo 63°.- Ejecución anticipada**

De oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el Juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. La resolución deberá contener un plazo máximo de tres días útiles para dar cumplimiento al requerimiento expresado por el Juez.



**Artículo 64°.- Acumulación**

Tratándose de la protección de los datos personales podrían acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones.

**Artículo 65°.- Normas aplicables**

El procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

## TÍTULO V PROCESO DE CUMPLIMIENTO

**Artículo 66°.- Objeto**

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

**Artículo 67°.- Legitimación y representación**

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, solo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto a quién invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.

**Artículo 68°.- Legitimación pasiva**

La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.

Si el demandado no es la autoridad obligada, aquel deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde se cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso el juez, deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

**Artículo 69°.- Requisito especial de la demanda**

Para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

**Artículo 70°.- Causales de improcedencia**

No procede el proceso de cumplimiento:

- 1) Contra resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;
- 2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;
- 3) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus.
- 4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;
- 5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;
- 6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;
- 7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69° del presente Código; y
- 8) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

**Artículo 71°.- Desistimiento de la pretensión**

El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.

**Artículo 72°.- Contenido de la Sentencia fundada**

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

- 1) La determinación de la obligación incumplida;
- 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;
- 4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

**Artículo 73°.- Ejecución de la Sentencia**

La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del presente Código.

**Artículo 74°.- Normas aplicables**

El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

**TÍTULO VI****DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR E INCONSTITUCIONALIDAD****Artículo 75°.- Finalidad**

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

**Artículo 76°.- Procedencia de la demanda de acción popular**

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según sea el caso.

**Artículo 77°.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad**

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

**Artículo 78°.- Inconstitucionalidad de normas conexas**

La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

**Artículo 79°.- Principio de interpretación**

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

**Artículo 80°.- Relaciones institucionales con ocasión a los procesos de control de normas**

Los Jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que se expida resolución definitiva.

**Artículo 81°.- Efectos de la Sentencia fundada**

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el diario oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano.

**Artículo 82°.- Cosa juzgada**

Las Sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código.

**Artículo 83°.- Efectos de la irretroactividad**

Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

**TÍTULO VII  
PROCESO DE ACCIÓN POPULAR****Artículo 84°.- Legitimación**

La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona.

**Artículo 85°.- Competencia**

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

- 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
- 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

**Artículo 86°.- Demanda**

La demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos:

1. La designación de la Sala ante quien se interpone.
2. El nombre, identidad y domicilio del demandante.
3. La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso.
4. El petitorio, que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.
5. Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.
6. Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
7. La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

**Artículo 87°.- Plazo**

El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

**Artículo 88°.- Admisibilidad e improcedencia**

Interpuesta la demanda, la Sala resuelve su admisión dentro de un plazo no mayor de cinco días desde su presentación. Si declara la inadmisibilidad, precisará el requisito incumplido y el plazo para subsanarlo. Si declara la improcedencia y la decisión fuese apelada, pondrá la resolución en conocimiento del emplazado.

**Artículo 89°.- Emplazamiento y publicación de la demanda**

Admitida la demanda, la Corte confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el diario oficial El Peruano de la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.

Si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía. Si se trata de órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrenda; si fuesen varios, la que haya firmado en primer término.

Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

**Artículo 90°.- Requerimiento de antecedentes**

La Sala puede, de oficio, ordenar en el auto admisorio que el órgano remita el expediente conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contando desde la notificación de dicho auto, bajo responsabilidad. La Sala dispondrá las medidas de reserva pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran.

**Artículo 91°.- Contestación de la demanda**

La contestación deberá cumplir con los mismos requisitos de la demanda, en lo que corresponda. El plazo para contestar la demanda es de diez días.

**Artículo 92°.- Vista de la Causa**

Practicados los actos procesales señalados en los artículos anteriores, la Sala fijará día y hora para la vista de la causa, la que ocurrirá dentro de los diez días posteriores a la contestación de la demanda o de vencido el plazo para hacerlo.

A la vista de la causa, los abogados pueden informar oralmente. La Sala expedirá sentencia dentro de los diez días siguientes a la vista.

**Artículo 93°.- Apelación y trámite**

Contra la sentencia procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

**Artículo 94°.- Medida Cautelar**

Procede solicitar la medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.

**Artículo 95°.- Consulta**

Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La consulta se absolverá sin trámite y en un plazo no mayor de cinco días desde que es recibido el expediente.

**Artículo 96°.- Sentencia**

La sentencia expedida dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa será publicada en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio.

Dicha publicación no sustituye la notificación de las partes. En ningún caso procede el recurso de casación.

**Artículo 97°.- Costos**

Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuera desestimada por el juez, éste podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo no previsto en materia de costos, será de aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil.

## TÍTULO VIII PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Artículo 98°.- Competencia y Legitimación**

La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y solo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.

**Artículo 99°.- Representación Procesal Legal**

Para interponer una demanda de inconstitucionalidad el Presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus Ministros para que se presente la demanda de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El Ministro designado puede delegar su representación en un Procurador Público.

El Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo interponen directamente la demanda.

Pueden actuar en el proceso mediante apoderado.

Los Congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto.

Los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos.

Los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo; actúan en el proceso por sí o mediante apoderado y con patrocinio de letrado.

Para interponer la demanda, previo acuerdo de su junta Directiva, los Colegios Profesionales mediante apoderado y con patrocinio de letrado y conferir representación a su Decano.

El órgano demandante se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto.

**Artículo 100°.- Plazo prescriptorio**

La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contados a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

**Artículo 101°.- Demanda**

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
- 2) La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.
- 3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 4) La relación numerada de los documentos que se acompañan.
- 5) La designación del apoderado si lo hubiere.
- 6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

**Artículo 102°.- Anexos de la Demanda**

A la demanda se acompañan, en su caso:

- 1) Certificado del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República;
- 2) Certificado de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de Congresistas;
- 3) Certificación del Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución;

- 4) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o
- 5) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea el Presidente de Región o Alcalde Provincial, respectivamente.

#### **Artículo 103°.- Inadmisibilidad de la Demanda**

Interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve su admisión dentro de un plazo que no puede exceder de diez días.

El Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101; o
- 2) Que no se acompañen los anexos a que se refiere el artículo 102;

El Tribunal concederá un plazo no mayor de cinco días si el requisito omitido es susceptible de ser subsanado. Si vencido el plazo no se subsana el defecto de inadmisibilidad, el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.

#### **Artículo 104°.- Improcedencia liminar de la demanda**

El Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100;
- 2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo; o
- 3) Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada

En estos casos, el Tribunal en resolución debidamente motivada e inimpugnable declara la improcedencia de la demanda.

#### **Artículo 105°.- Improcedencia de las Medidas Cautelares**

En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares.

#### **Artículo 106°.- Efecto de la Admisión e Impulso de Oficio**

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso solo termina por sentencia.

#### **Artículo 107°.- Tramitación**

El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

- 1) Al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamentos del Congreso.
- 2) Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.
- 3) Al Congreso, o a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales.
- 4) A los órganos correspondientes si la norma impugnada es de carácter regional o municipal.

Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente.

#### **Artículo 108°.- Plazo para dictar sentencia**

El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa.

### **TÍTULO IX PROCESO COMPETENCIAL**

#### **Artículo 109°.- Legitimación y representación**

El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de

los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongán:

- 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o
- 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a estos entre sí.

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.

#### **Artículo 110°.- Pretensión**

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

#### **Artículo 111°.- Medida Cautelar**

El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, este podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

#### **Artículo 112°.- Admisibilidad y procedencia**

Si el Tribunal Constitucional estima que existe materia de conflicto cuya resolución sea de su competencia, declara admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes.

El procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad.

El Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaratorias o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe

resolver dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda.

#### **Artículo 113°.- Efectos de la Sentencia**

La Sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas.

### **TÍTULO X JURISDICCIÓN INTERNACIONAL**

#### **Artículo 114°.- Organismos internacionales competentes**

Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

#### **Artículo 115°.- Ejecución de resoluciones**

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo

previsto por la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

**Artículo 116°.- Obligación de proporcionar documentos y antecedentes**

La Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional deberán remitir a los organismos a que se refiere el artículo 114, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

**TÍTULO XI**

**DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS  
PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**Artículo 117°.- Acumulación de procesos**

El Tribunal Constitucional puede, en cualquier momento, disponer la acumulación de procesos cuando éstos sean conexos.

**Artículo 118°.- Numeración de las sentencias**

Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional se enumeran en forma correlativa y anualmente.

**Artículo 119°.- Solicitud de información**

El tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los demás órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho.

El tribunal dispone las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecta a determinada documentación, y el que, por decisión motivada, acuerda para su actuación.

**Artículo 120°.- Subsanción de vicios en el procedimiento**

El Tribunal, antes de pronunciar sentencia, de oficio o a instancia de parte, debe subsanar cualquier vicio de procedimiento en que se haya incurrido.

**Artículo 121°.- Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional**

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiere incurrido.

Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.

Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

**TÍTULO XII**

**DISPOSICIONES FINALES**

**PRIMERA.- Denominaciones empleadas**

Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones:

- 7) Proceso de hábeas corpus, a la acción de hábeas corpus;
- 8) Proceso de amparo, a la acción de amparo;
- 9) Proceso de hábeas data, a la acción de hábeas data;
- 10) Proceso de inconstitucionalidad, a la acción de inconstitucionalidad;
- 11) Proceso de acción popular, a la acción popular
- 12) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; y,
- 13) Proceso competencial, a los conflictos de competencia o atribuciones.



**SEGUNDA.- Vigencia de normas**

Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubiera empezado.

**TERCERA.- Jueces Especializados**

Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal.

**CUARTA.- Publicación de sentencias**

Las sentencias finales y las resoluciones aclaratorias de las mismas, recaídas en los procesos constitucionales deben remitirse, dentro de las cuarentiocho horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial El Peruano para su publicación gratuita, dentro de los diez días siguientes a su remisión. La publicación debe contener la sentencia y las piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión.

Las sentencias recaídas en el proceso de inconstitucionalidad, el proceso competencial y la acción popular se publican en el diario oficial dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente. En defecto, el Presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Cuando las sentencias versan sobre las normas regionales o municipales, además de la publicación a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal ordena la publicación en el diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción. En lugares donde no exista el diario que se publique los avisos judiciales, la sentencia se da a conocer, además de su publicación en el diario oficial o de circulación nacional, mediante carteles fijados en lugares públicos.

**QUINTA.- Exoneración de tasas judiciales**

Los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales.

**SEXTA.- Enseñanza de los derechos y de los procesos constitucionales**

En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales.

Compete promover y supervisar esta tarea al Ministerio de Educación, a la Asamblea Nacional de Rectores, y a los Ministerios de Defensa y del Interior. El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación y difusión de la Constitución y textos básicos conexos. Queda encargado igualmente de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución. Adicionalmente editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación Constitucional.

**SÉPTIMA.- Gaceta Constitucional**

La Gaceta Constitucional es el órgano oficial del Tribunal Constitucional y será editada periódicamente, sin perjuicio de otras compilaciones oficiales y de la publicación electrónica de su jurisprudencia. En ella el Tribunal Constitucional dará cuenta de sus actividades, publicará los documentos relacionados con su marcha institucional, así como las resoluciones finales de los procesos constitucionales de su competencia. Esta publicación se hace con independencia de la que efectúe obligatoriamente el diario oficial El Peruano.

**TÍTULO XIII****DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y DEROGATORIAS****PRIMERA.- Normas derogadas**

Quedan derogadas:

- 1) La Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.
- 2) La Ley N° 25398, Ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

- 3) La Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular.
- 4) La Ley N° 25011, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 5) La Ley N° 25315, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 6) El Decreto Ley N° 25433, que modifica la Ley N° 23506 y la Ley N° 24968.
- 7) La Ley N° 26248, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 8) La Ley N° 26301, Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.
- 9) Los artículos 20 al 63, con excepción del artículo 58, así como la primera y segunda disposición general de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- 10) La Ley N° 26545, que modifica parcialmente los procesos de hábeas data y acción de cumplimiento.
- 11) El Decreto Legislativo N° 824, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 12) La Ley N° 27053, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 13) La Ley N° 27235, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 14) La Ley N° 27959, que modifica parcialmente la Ley N° 23506.
- 15) Todas las disposiciones que se opongan al presente Código.

#### **SEGUNDA.- Vigencia del Código**

El presente Código entra en vigencia a los seis meses de su publicación en el diario oficial El Peruano.

## *Bibliografía*

- ABAD YUPANQUI, Samuel B.; “Derecho Procesal Constitucional”, Lima – Perú, 2004, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, p. 269..
- ALZAMORA VALDEZ, Mario; “Los Derechos Humanos y su Protección”, Lima – Perú, 1997, Editorial y Distribución de Libros S.A. Segunda Edición, p. 695.
- ANACLETO GUERRERO, Víctor; “Guía de la Seguridad Social”, Lima – Perú, 2002, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, p. 781.
- ASTETE VIRHUEZ, Jorge; “El Poder Neutro Teoría del Equilibrio de Poderes en el Perú”, Lima – Perú, 2001. Ediciones e Impresiones Gráficas América S.R.L., Primera Edición, p. 198.
- BACACORZO, Gustavo; “Tratado de Derecho Administrativo”, Lima – Perú, 2002, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Quinta Edición, Tomos I y II, p. 1053.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Otros; “Código Procesal Constitucional Comentado”, Trujillo – Perú, 2005, Editorial Normas Legales S.A., p. 433.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, “El Tribunal Constitucional Peruano entre la Necesidad y la Incertidumbre”, Trujillo – Perú, Editado por el Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. CIEDLA, p. 458.
- BOREA ODRÍA, Alberto; “Evolución de la Garantías Constitucionales” Lima – Perú, 2000, Editorial Fe de Erratas Segunda Edición, p. 478.
- BOREA ODRÍA, Alberto; “Elementos del Estado Moderno” Lima – Perú, 2000, Editorial Fe de Erratas Segunda Edición, p. 478
- BULLARD GONZALES, Alfredo; “Derecho y Economía”, Lima – Perú, 2003, Palestra Editores, p. 838.
- CAIRO ROLDAN, Omar; “Justicia Constitucional y Proceso de Amparo”; Lima – Perú; 2004; Editorial Palestra; Primera Edición; p. 303.
- CARPIO MARCOS, Edgar E.; “Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional”, Lima – Perú, 1992, en El Jurista”. Revista Peruana de Derecho N° 6 Primera Edición, p. 287.

- CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes y Otros; “Introducción a los Procesos Constitucionales – Comentarios al Código Procesal Constitucional”. Lima – Perú, 2005, Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición, p. 381.
- CASTILLO CÓRDOV, Luis; “Comentarios al Código Procesal Constitucional”, Lima – Perú, 2004, ARA Editores E.I.R.L., p. 756.
- CASTILLO, Melquíades; “Filosofía del Derecho”, Lima – Perú, 1994, Editora Fecat E.I.R.L., Segunda Edición. p. 641.
- CONVENCIÓN NACIONAL DEL DERECHO (XIII); “Acercando el derecho a la Sociedad”, Piura – Perú, 2005, Editorial CELAE, p. 272.
- DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo; “La Garantía Procesal del Debido Proceso Biblioteca Universitaria del Derecho Procesal Civil”, Lima – Perú, 1995, Cultural Cuzco S.A. Editores, p. 423.
- DIAZ ZEGARRA, Walter Alfredo; “El Derecho Procesal Constitucional”, Lima – Perú. 2002, Gráfica Horizonte S.A., p. 362.
- FERNANDEZ SEGADO; Sistema Constitucional Español; Editorial Dickinson, España 1992, p. 1136.
- FERRERO COSTA, Raúl; “Trabajos de derecho Constitucional. La Constitución Mediatizada”, Lima – Perú, 1999, Editora Jurídica GRIJLEY, p. 302.
- FERRERO R., Raúl; “Ciencia Política Teoría del Estado y Derecho Constitucional”, Lima – Perú, 2003, 9ª Edición, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., P. 645.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin; “Razonamiento Lógico-Jurídicamente ¿Un Problema de Construcción”; Ensayo Jurídico; Academia de La Magistratura AMAG, Chiclayo 2009, p. 125.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “Teoría y Práctica de la Constitución Peruana”, Lima – Perú, 1989, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., p. 348.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “La Interpretación Constitucional como Problema”. Pensamiento Constitucional de Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, p. 369.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “La Constitución y su Defensa”, Lima – Perú; 2003; Editora Jurídica Grijley, p. 321.
- GARCÍA TOMA, Víctor; “La Ley en el Perú Técnica de elaboración, Interpretación, Aplicación e Integración”, Lima – Perú, 1995; Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Primera Edición, p. 456.
- GARCÍA TOMA, Víctor Oscar; “Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993” Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, p. 489.
- GRANDEZ CASTRO, Pedro F; Módulo de Precedentes Vinculantes; Academia de la Magistratura, Lima 2009, p. 138.
- LANDA ARROYO, César; “Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Lima – Perú, 2003, Palestra Editores S.R.L, Primera Edición, p. 279.
- LANDA ARROYO, César; “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”, Lima – Perú, 1999, Fondo Editorial de la PUCP; Primera Edición, p. 298.
- MORON URBINA, Juan Carlos; Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo; Lima - Perú, 2007; Editorial Gaceta Jurídica; Sexta Edición; p. 854.
- MORY PRÍNCIPE, Fredy; “Constitución Poder Político y Administración de Justicia en el Perú”, Lima – Perú, 1997; Editorial Rodhas, p. 509.
- NEVES MUJICA, Javier; “Compendio de Legislación Laboral”, Lima – Perú, 1999, Gaceta Juridica Editores S.R.L., Primera Edición, p. 893.
- NUÑEZ PONCE, Julio; “El Hábeas Data y la Protección Jurídica de la Información Computarizada” Lima – Perú, 1993, IUS ET PRAXIS. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, p. 589.
- ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo; Poder Constituyente y Otros Ensayos. Estudio Preliminar. Gerardo Eto Cruz; Editora Normas Legales; Trujillo Perú, 2002; p. 270.
- ORTECHO VILLENA, Victor Julio; “Procesos Constitucionales y su Jurisdicción”, Lima – Perú, 2004 Editorial Rodas, Novena Edición, p. 464.
- OSSORIO, Manuel; “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Buenos Aires – Argentina, 2003, Editorial Heliata S.R.L., Primera Edición, p. 285.
- OVALLE FAVELLA; José; Teoría General del Proceso, Tercera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 351.
- PEREZ ROYO, Javier; “Curso de Derecho Constitucional”; Madrid España, 2000, 7ma Edición; Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 1123.
- RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito A.; “Derecho Procesal Constitucional”, Lima – Perú, 1997, Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L, Primera Edición, p. 597.
- RUIZ-ELDREDGE, Alberto; “La Constitución y la Vida”; Lima – Perú; 1996; Editorial Moreno, p. 469.
- RUBIO CORREA, Marcialm “Estudio de la Constitución Política de 1993” Lima – Perú, 1999; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Primera Edición, p. 554.
- SAGUES NESTOR, Pedro; “El Hábeas Data Argentino” (Orden Nacional) Revista de la Facultad de Derecho de la pontificia Universidad Católica del Perú N° 51, p. 268.
- VICENTE VILLARAN, Manuel; “Lecciones de Derecho Constitucional”, Lima – Perú, 1998, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 459.
- ZA VALETA CARRUITERO, Wilvelder; “Código Procesal Civil”, Lima – Perú, 2002, Editorial Rodhas, Tomo I y II, p. 1490.

## DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <i>Dedicatoria</i> .....  | 5 |
| <i>Presentación</i> ..... | 7 |

### CAPÍTULO I DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

|  |    |
|--|----|
| 1. El Estado de Derecho: Necesidad de Control y Fiscalización del Poder Estatal..... | 9  |
| 2. Teoría del Derecho Procesal Constitucional .....                                  | 11 |
| 2.1. Definición del Derecho Procesal Constitucional .....                            | 11 |
| 2.2. Principios del Derecho Procesal Constitucional .....                            | 12 |
| 2.3. Contenido del Derecho Procesal Constitucional .....                             | 13 |
| 2.3.1. La Jurisdicción Constitucional.....   | 13 |
| 2.3.2. El Proceso Constitucional .....   | 14 |
| 2.3.3. Clases de Procesos Constitucionales .....                                     | 14 |
| A. Procesos Constitucionales de la Libertad.....                                     | 15 |
| B. Procesos Constitucionales Orgánicos .....   | 16 |
| 3. Diferencias entre Proceso Civil y Proceso Constitucional.....                     | 17 |
| 4. Finalidad de los Procesos Constitucionales de la Libertad .....                   | 18 |
| 5. Situaciones que se presentan en la Reparación de Derechos Vulnerados.....         | 18 |

|   |    |
|---|----|
| 6. Finalidad de los Procesos Constitucionales Orgánicos.....        | 18 |
| 7. Procedencia de los Procesos Constitucionales de la Libertad..... | 19 |
| 8. Improcedencia de los Procesos Constitucionales.....              | 20 |
| 9. Características de los Procesos Constitucionales.....            | 23 |
| 10. Integración de Decisiones.....                                  | 24 |
| 11. Precedente Vinculante.....                                      | 24 |

**CAPÍTULO II**  
**JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORGÁNICA:**  
**PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

|   |    |
|---|----|
| 1. Nociones Preliminares.....   | 27 |
| 2. Antecedentes .....   | 27 |
| 3. Antecedentes en el Perú.....                                       | 29 |
| 4. Naturaleza Procesal.....   | 31 |
| 5. Fundamentación Filosófica.....                                     | 32 |
| 6. Base Jurídico – Doctrinal .....                                    | 33 |
| 7. Sistemas de Defensa Constitucional.....                            | 34 |
| 8. Variantes de la Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado ..... | 37 |
| 9. El Proceso de Inconstitucionalidad en la Legislación Peruana.....  | 39 |
| 9.1. Definición.....  | 40 |
| 9.2. Prescripción .....   | 41 |
| 9.3. Finalidad.....   | 41 |
| 9.4. Etapas en el Proceso de Inconstitucionalidad.....                | 41 |
| 9.5. Inconstitucionalidad de las Normas con Rango de Ley.....         | 42 |
| 9.6. Normas Objeto del Proceso de Inconstitucionalidad.....           | 44 |
| 9.7. Legitimación Activa .....  | 45 |
| 9.8. Legitimación Pasiva.....   | 47 |
| 9.9. Requisitos de la Demanda.....                                    | 47 |
| 9.10. Admisión e Inadmisibilidad de la Demanda.....                   | 48 |
| 9.11. Improcedencia Liminar de la Demanda.....                        | 49 |
| 9.12. Improcedencia de Medidas Cautelares.....                        | 49 |
| 9.13. El Tribunal Constitucional.....                                 | 50 |
| 9.13.1. Composición.....  | 53 |

|   |     |
|---|-----|
| 9.13.2. Requisitos para ser Magistrados del Tribunal Constitucional .....   | 53  |
| 9.13.3. No pueden ser Magistrados del Tribunal Constitucional - Impedimentos.....                                 | 53  |
| 9.13.4. Prerrogativas, Impedimentos, Prohibiciones y Derechos de los Magistrados del Tribunal Constitucional..... | 54  |
| 9.13.5. Quórum del Tribunal Constitucional.....   | 54  |
| 9.13.6. Competencia del Tribunal Constitucional.....  | 55  |
| 9.13.7. Tipos de Sentencias de Inconstitucionalidad.....  | 56  |
| 9.13.8. Efectos de la Sentencia.....  | 58  |
| 9.13.9. Características que se deben considerar al Sentenciar....   | 60  |
| 10. Efectos de la Interpretación de Normas Constitucionales.....  | 60  |
| 11. Jurisprudencia Seleccionada - Precedentes Vinculantes   |     |
| - Congreso de la República.....   | 63  |
| - Defensoría del Pueblo.....  | 105 |
| - Municipalidad Distrital de Lurin.....   | 151 |
| - Caso: Borea Odría .....   | 167 |
| 12. Modelo de Demanda.....  | 187 |

**CAPÍTULO III**  
**PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN POPULAR**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Nociones Preliminares.....                                  | 191 |
| 2. Antecedentes .....  | 191 |
| 3. Base Jurídico – Doctrinal .....                             | 193 |
| 4. El Proceso de Acción Popular en la Legislación Peruana..... | 193 |
| 4.1. Definición y Problemática .....                           | 193 |
| 4.2. Competencia Exclusiva del Poder Judicial.....             | 195 |
| 4.3. Finalidad.....  | 195 |
| 4.4. Procedencia.....  | 195 |
| 4.5. Requisitos de la Demanda.....                             | 195 |
| 4.6. Admisión e Inadmisibilidad de la Demanda.....             | 196 |
| 4.7. Características.....                                      | 196 |
| 4.8. Etapas del Proceso.....                                   | 197 |
| 4.9. Efectos de la Sentencia.....                              | 197 |

|   |     |
|---|-----|
| 4.10. Legitimación Activa.....  | 198 |
| 4.11. Legitimación Pasiva.....  | 198 |
| 4.12. Prescripción.....   | 199 |
| 4.13. Costos.....   | 199 |
| - Inconstitucionalidadde Norma Municipal por Exceso<br>de Potestad Tributaria ..... | 200 |
| 5. Jurisprudencia.....  | 200 |
| 6. Modelo de Demanda.....   | 204 |

**CAPÍTULO IV  
PROCESO COMPETENCIAL**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Antecedentes.....  | 207 |
| 2. Definición y Problemática .....  | 208 |
| 3. Finalidad.....   | 209 |
| 4. Clases de Conflicto de Competencia.....  | 210 |
| 5. Sujetos del Conflicto.....   | 212 |
| 6. Objeto del Conflicto.....  | 212 |
| 7. Competencia.....   | 212 |
| 8. Forma del Conflicto.....   | 212 |
| 9. Formas de Expresión del Conflicto.....   | 213 |
| 10. El Conflicto de Competencia en la Legislación Peruana.....                          | 213 |
| 10.1. Procedimiento.....  | 213 |
| 10.2. Titulares en el Proceso de Conflicto de Competencia.....                          | 214 |
| 10.3. Requisitos de la Demanda.....   | 214 |
| 10.4. Actuación de las Partes en el Proceso.....  | 214 |
| 10.5. Facultad del Tribunal para pedir Información.....                                 | 214 |
| 10.6. Etapas del Proceso de Conflicto de Competencia.....                               | 215 |
| 10.7. Contenido de la Sentencia.....  | 215 |
| 10.8. Publicación de la Sentencia.....  | 216 |
| 10.9. Medida Cautelar en el Proceso Competencia.....                                    | 216 |
| 11. Jurisprudencia : Poder Ejecutivo (demandante) c. Poder Judicial<br>(demandado)..... | 217 |
| 12. Modelo de Demanda .....   | 286 |

**CAPÍTULO V  
LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES  
DE LA LIBERTAD - HÁBEAS CORPUS**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Antecedentes .....   | 289 |
| 2. Antecedentes del Hábeas Corpus en el Perú.....                             | 290 |
| 3. Fundamentación Filosófica.....   | 292 |
| 4. Naturaleza Jurídica.....   | 293 |
| 5. Etimología.....  | 293 |
| 6. Definición y Problemática .....  | 293 |
| 7. Finalidad.....   | 294 |
| 8. Procedencia.....   | 295 |
| 9. Características.....   | 295 |
| 10. El Proceso de Hábeas Corpus en la Legislación Peruana.....                | 295 |
| 10.1. En la Constitución Política de 1993.....                                | 295 |
| 10.2. El Código Procesal Constitucional.....                                  | 296 |
| 10.3. Tipos de Hábeas Corpus.....   | 298 |
| 10.4. Competencia.....  | 300 |
| 10.5. Legitimación Activa.....  | 300 |
| 10.6. Legitimación Pasiva.....  | 300 |
| 10.7. Improcedencia de la “demanda” de Hábeas Corpus.....                     | 300 |
| 10.8. Características Especiales de la Demanda.....                           | 301 |
| 10.9. Trámite.....  | 301 |
| 10.10. Reglas Procesales Específicas para el Trámite de<br>Hábeas Corpus..... | 303 |
| 10.11. Recursos Impugnatorios.....  | 304 |
| 10.12. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....                       | 305 |
| 11. El Hábeas Corpus y los Estados de Excepción.....                          | 305 |
| 12. Jurisprudencia  |     |
| - Recurso de Agravio Constitucional (RAC).....                                | 308 |
| - Hábeas Corpus Instructivo para el caso de desaparición<br>forzada.....      | 347 |
| - Hábeas Corpus y la Libertad de las Personas.....                            | 360 |
| 13. Modelo de la Demanda.....   | 370 |

**CAPÍTULO VI  
PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Cuestiones Preliminares y Antecedentes .....           | 373 |
| 2. Antecedentes en el Perú.....                           | 373 |
| 3. Fundamentación Filosófica.....                         | 374 |
| 4. Naturaleza Jurídica.....                               | 375 |
| 5. Definición y Problemática .....                        | 375 |
| 6. Características.....                                   | 376 |
| 7. Principios Jurídicos Aplicables en el Amparo.....      | 377 |
| 8. El Proceso de Amparo en la Legislación Peruana.....    | 377 |
| 8.1. Derechos protegidos.....                             | 377 |
| 8.2. Procedencia.....                                     | 384 |
| 8.3. Improcedencia.....                                   | 385 |
| 8.4. Vías Procedimentales Específicas.....                | 387 |
| 8.5. Agotamiento de las Vías Previas.....                 | 388 |
| 8.6. Competencia.....                                     | 390 |
| 8.7. Legitimación Activa.....                             | 390 |
| 8.8. Legitimación Pasiva.....                             | 391 |
| 8.9. Plazo de Prescripción.....                           | 392 |
| 8.10. Trámite de la Demanda.....                          | 393 |
| 8.11. Sentencia.....                                      | 395 |
| 8.12. Contenido de la Sentencia Fundada.....              | 396 |
| 8.13. Recursos Impugnatorios.....                         | 397 |
| 8.14. Medida Cautelar en el Amparo.....                   | 399 |
| 8.15. Amparo Contra Normas y Resoluciones Judiciales..... | 400 |
| 9. Jurisprudencia Seleccionada :.....                     | 403 |
| - Pensión de Jubilación.....                              | 403 |
| - Materia Laboral Pública .....                           | 436 |
| 10. Modelo de Demanda.....                                | 451 |

**CAPÍTULO VII  
PROCESO CONSTITUCIONAL DE HÁBEAS DATA**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Cuestiones Preliminares y Antecedentes .....                         | 455 |
| 2. El Proceso de Hábeas Data en la Legislación Peruana .....            | 457 |
| 2.1. Definición y Problemática .....                                    | 457 |
| 2.2. Tipos de Hábeas Data .....   | 458 |
| 2.3. Derechos Protegidos.....   | 460 |
| 2.4. Excepciones al Derecho de Acceso a la Información<br>Pública ..... | 460 |
| 2.5. Requisito Especial de la Demanda.....                              | 461 |
| 2.6. Legitimación Activa .....  | 462 |
| 2.7. Legitimación Pasiva .....  | 462 |
| 2.8. Juez Competente y Competencia de la Sala Civil Superior .....      | 462 |
| 2.9. Medida Cautelar.....   | 463 |
| 2.10. Sentencia.....  | 463 |
| 3. Jurisprudencia Seleccionada :.....                                   | 464 |
| - Evaluación y ratificación de Magistrado.....                          | 464 |
| - Sustracción de la materia .....                                       | 482 |
| 4. Modelo de Demanda.....   | 500 |

**CAPÍTULO VIII  
PROCESO DE CUMPLIMIENTO**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Antecedentes.....   | 503 |
| 2. Fundamentos para la existencia del Proceso de Cumplimiento..... | 504 |
| 3. Definición y Problemática .....                                 | 505 |
| 4. Finalidad.....  | 506 |
| 5. El Proceso de Cumplimiento en la Legislación Peruana.....       | 506 |
| 5.1. Legitimación Activa.....                                      | 506 |
| 5.2. Legitimación Pasiva.....                                      | 507 |
| 5.3. Procedencia.....  | 507 |
| 5.4. Juez Competente.....  | 508 |
| 5.5. Requisito Especial de la Demanda.....                         | 509 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 5.6. | Causales de Improcedencia.....                             | 509 |
| 5.7. | Procedimiento.....   | 510 |
| 5.8. | Contenido de la Sentencia Fundada.....                     | 510 |
| 5.9. | Recursos Impugnatorios.....                                | 511 |
| 6.   | Jurisprudencia seleccionada.....                           | 512 |
| -    | Recurso Extraordinario contra improcedencia de acción..... | 513 |
| -    | Recurso Extraordinario contra improcedencia de acción..... | 522 |
| -    | Recurso Extraordinario.....                                | 527 |
| 7.   | Modelo de Demanda.....                                     | 530 |

### **ANEXO**

|  |     |
|--|-----|
| El Código Procesal Constitucional..... | 533 |
|--|-----|

*Bibliografía*

**Este libro se terminó de imprimir  
en Editora "FECAT" E.I.R.L  
en el mes de Mayo de 2010  
Jr. ILO 283 Lima 1  
Teléfono 4339870  
editorafecat@gmail.com  
LIMA 1 PERÚ**