



*justicia
viva*

Instituto de Defensa Legal

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad y Departamento Académico de Derecho

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN EL 2007:
Análisis de casos relevantes
y precedentes vinculantes**

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN EL 2007:
Análisis de casos relevantes
y precedentes vinculantes**



Instituto de Defensa Legal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad y Departamento Académico de Derecho



Instituto de Defensa Legal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad y Departamento Académico de Derecho

© Justicia Viva es el proyecto que viene ejecutando el consorcio integrado por el Instituto de Defensa Legal y la Facultad y Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Manuel Villavicencio 1191, Lince
Teléfono: 617 5700, anexo 233
Correo electrónico: justiciaviva@idl.org.pe
Web: www.justiciaviva.org.pe

Lima, abril del 2008.

ISBN: 978-603-45094-5-0

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-06585

Impresión: 1000 ejemplares.
Primera edición.

Diagramación e impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespucio 110 COVIMA, La Molina
Teléfono: 348 5571
info@roblerojo.com

Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de las instituciones que integran el Consorcio Justicia Viva.

ADVERTENCIA

El Consorcio Justicia Viva es una institución que se preocupa por el uso de un lenguaje de género, que no discrimine o marque diferencias entre hombres y mujeres. No obstante, al ser que no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la forma de hacerlo en nuestro idioma, y con la finalidad de no ocasionar a veces la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a; el Consorcio ha optado por emplear en ocasiones el masculino genérico clásico, entendiendo que dicho término representa siempre a hombres y mujeres.

Índice

- Presentación: El desafío de tomarnos en serio la Constitución Política 7
Juan Carlos Ruiz Molleda
- La creación jurisprudencial del recurso de agravio constitucional para garantizar el respeto de los precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional 11
Juan Carlos Ruiz Molleda
- Nueva ley de justicia militar y policial: Persiste la resistencia a acatar las sentencias del Tribunal Constitucional 31
David Lovatón Palacios
- Amparo electoral: Apuntes sobre la sentencia de inconstitucionalidad de la ley N° 28642 39
Natalia Torres Zúñiga
- Un importante fallo constitucional: El caso de la ley "anti-ONG" 49
Cruz Silva Del Carpio
- La "nulidad de todo lo actuado" como vulneración al derecho a un juicio en plazo razonable 55
César Bazán Seminario
- Principales hechos del 2007 56
- La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional: Batalla entre el juego político, la publicidad y los méritos 65
Cruz Silva Del Carpio
- Las sentencias del FONAVI y su desacato por el Jurado Nacional de Elecciones 73
Juan Carlos Ruiz Molleda
- Sobre el amparo residual y las vías igualmente satisfactorias 81
Lilia Ramírez Varela
- Algunos precedentes constitucionales vinculantes del Tribunal Constitucional 89
- La labor del Tribunal Constitucional en cifras 107

Presentación: El desafío de tomarnos en serio la Constitución Política

Este año, como el anterior, presentamos también nuestro balance del Tribunal Constitucional (en adelante TC), que cubre las labores realizadas por este alto tribunal en el año recién pasado. Se trata de un esfuerzo por recoger y comentar los aspectos más relevantes y significativos del trabajo del supremo intérprete de la Constitución, desde la perspectiva de la reforma del Sistema de Administración de Justicia y del fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

El 2007 ha sido un año particularmente importante e intenso por las cosas que en él se jugaron para el país y para la justicia constitucional. De ello damos cuenta en este informe. Este es, también, un esfuerzo colectivo del equipo profesional del Consorcio Justicia Viva en el seguimiento sistemático y permanente de la labor no solo del TC sino de la justicia constitucional toda, como parte del Sistema de Administración de Justicia.

Como es de conocimiento público, nuestra objetividad en el tratamiento de estos temas no implica neutralidad. Al margen de las críticas que nos puedan merecer tales o cuales de sus resoluciones, apostamos por un TC que siga cumpliendo

una labor fundamental en la consolidación del Estado Constitucional y de la democracia. Estimamos que se trata de un órgano constitucional de la mayor relevancia en la arquitectura del Estado que juega un papel clave en la consolidación de la democracia, en virtud de que su misión consiste en la defensa de los derechos fundamentales de la población y de la supremacía de la Constitución Política, tal como reza el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPC).

Somos por eso conscientes de que esta no es una tarea pacífica: en vista de que su labor es velar por que los diferentes órganos y funcionarios públicos, e inclusive los particulares, ajusten su actuación a lo establecido en la Carta Política. Claro está, a nadie le gusta que lo controlen, ni aquí ni en un país desarrollado; a nadie le gusta que le pongan límites.

Inicia este balance un artículo de Juan Carlos Ruiz Molleda que analiza la creación jurisprudencial del recurso de agravio constitucional para garantizar el respeto de los precedentes vinculantes expedidos por el TC. Se trata de un tema clave cuyo efectivo cumplimiento por la

judicatura debe formar parte de la doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar del CPC) y del precedente vinculante (artículo VII del Título Preliminar del CPC). Esto, sin duda, abre un debate mayor, pues este mecanismo ha sido creado, no por vía legislativa, sino por vía jurisprudencial, en aplicación del principio de autonomía procesal que faculta al supremo intérprete de la Constitución a (re)configurar sus normas de naturaleza procesal.

En segundo lugar, David Lovatón Palacios nos presenta un artículo sobre la nueva Ley de Justicia Militar y Policial. Un tema que, como sabemos, es de vital importancia, pues persiste la resistencia del Congreso y del Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM) a acatar diferentes sentencias del TC, no obstante el carácter vinculante de estas últimas. Se trata, en el fondo, de adecuar la justicia militar al Estado Constitucional de Derecho.

A su turno, Cruz Silva Del Carpio se ocupa de dos temas que en su momento remecieron la atención de la opinión pública. Primero, el proceso interpuesto ante el TC para que se pronuncie respecto de la ley que pretendía inmiscuirse en el manejo interno de las organizaciones no gubernamentales (ONG). Ciertamente, no fue esta una batalla contra el legítimo y constitucional derecho del Estado a fiscalizarlas -en rigor, en un Estado Constitucional no hay poder alguno exento de control-, sino contra la intervención política en el manejo interno de estas organizaciones que hubiera afectado, entre otros, derechos constitucionales

de primer orden, como la autonomía privada y la libertad de asociación.

El segundo trabajo de Cruz Silva analiza la elección de los magistrados del TC, colegiado que renovó en el 2007 a cuatro de sus siete integrantes. Como nunca, esta elección concitó la atención y el interés no solo del Congreso sino de todo el país; hubo incluso escándalo, motivado por la elección de un candidato a quien se descubrió departiendo en un lugar público con el ex ministro aprista Agustín Mantilla, condenado años atrás por corrupción. Entre otras cosas, este artículo da cuenta del papel jugado por la opinión pública y la sociedad civil para evitar que este colegiado caiga en manos de candidatos cuestionables; para ello hubo que contradecir hasta al propio Congreso, que en algún momento pretendió imponer la selección de magistrados y dar la espalda a la opinión pública.

El balance incluye asimismo el denominado amparo electoral, a propósito de una sentencia del TC recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley 28642, norma que restringía el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE). No es la primera vez que se expide una resolución sobre este tema: ella es parte de un conjunto de sentencias del mismo TC que han sentado una línea de interpretación jurisprudencial. Este análisis estuvo a cargo de Natalia Torres Zúñiga.

A renglón seguido, se evalúa una sentencia del TC sobre una resolución de la Corte Suprema en la que, tras largos años de litigio en el Poder Judicial, se

declaró en sede casatoria que todo debía volver a fojas cero, con lo que se condenó al justiciable a volver a iniciar todo el procedimiento. César Bazán Seminario, quien se ocupó del análisis de esta sentencia, plantea que ella pone freno a una práctica poco adecuada del Poder Judicial consistente en ordenar la "nulidad de todo lo actuado".

Este balance 2007 no solo incorpora sentencias del TC. Se comenta también el acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República que señala pautas que deben ser tomadas en cuenta por los jueces al momento de determinar las "vías igualmente satisfactorias" para iniciar un proceso de amparo. En realidad, se desarrollan criterios para interpretar de manera más adecuada el artículo 5.º, inciso 2, del CPC. Tal como señala Lilia Ramírez Varela, quien estuvo a cargo del tema, esta es una decisión acertada y evidencia el interés y la preocupación del Poder Judicial por potenciar y mejorar la tramitación de los procesos de amparo en sede judicial y evitar la "amparización" de los casos.

Cierra el balance un artículo de Juan Carlos Ruiz que analiza las controversiales sentencias del TC sobre la devolución de los "aportes" del FONAVI, tema tan delicado cuanto complicado, y que mereció un debate intenso y por momentos áspero entre el TC y el JNE.

Finalmente, presentamos información que nos permite completar nuestra visión y comprensión del trabajo del TC en el año 2007. Este esfuerzo estuvo a cargo de

Flavia Cuneo Bringas. Aquí se incluye, en primer lugar, un informe sobre las principales noticias periodísticas del año relacionadas con la justicia constitucional; luego se presenta un reporte sobre los precedentes vinculantes expedidos por el TC en el año 2007, en el que se consigna el extremo vinculante de los respectivos fallos en consonancia con el artículo VII del Título Preliminar del CPC; y, por último, se incorpora un conjunto de estadísticas que permiten comparar el desempeño del TC en general y por procesos constitucionales con el de años anteriores;

El tema de fondo de todos estos comentarios a la jurisprudencia relevante del TC durante el 2007 está constituido por el esfuerzo del TC y, en menor medida, del Poder Judicial por encuadrar la actuación del Estado, de los particulares y de los grupos de poder económico y político en el marco de la Constitución.

El desarrollo de todos estos temas nos permite concluir que el principal mérito que hay que reconocerle al TC, independientemente de que comulgamos o no con sus fallos en ejercicio de nuestro derecho constitucional de crítica de sentencias (artículo 139.º, inciso 20, de la Constitución), es el haber logrado - parafraseando a Dworkin- que los operadores del derecho y el conjunto de la población se tomen en serio la Constitución Política; es decir, que reconozcan que estamos ante una norma no solo política sino también jurídica, de la mayor jerarquía y de aplicación inmediata. Obviamente, falta mucho por hacer. Hemos dado solo

los primeros pasos en materia de institucionalización de eso que la doctrina llama Estado Constitucional.

Si revisamos bien nuestra historia política desde la Independencia, advertiremos rápidamente que ella está llena de golpes militares y gobiernos de facto, y que los gobiernos constitucionales han sido apenas efímeros paréntesis. Aun así, consideramos que el trabajo realizado por el TC y por los jueces del Poder Judicial que conocen los procesos

constitucionales nos coloca en el camino correcto y comienza a generar cambios importantes en la ideología y en la cultura jurídica de nuestros operadores del derecho en general.

No podemos terminar sin reconocer, además del aporte de quienes escribieron los artículos de este balance, el esfuerzo y el empeño de Cruz Silva y de Flavia Cuneo, quienes se ocuparon de su edición. Sin ellas este libro no estaría ahora en sus manos.

Juan Carlos Ruiz Molleda
Consortio Justicia Viva

La creación jurisprudencial del recurso de agravio constitucional para garantizar el respeto de los precedentes vinculantes expedidos por el Tribunal Constitucional¹

Juan Carlos Ruiz Molleda

El 19 de abril del 2007 el TC emitió la sentencia recaída en el expediente 4853-2004-PA/TC en el proceso constitucional de amparo interpuesto por el Director Regional de Pesquería de La Libertad contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. El mencionado fallo es importante, porque introduce dos modificaciones fundamentales a las reglas procesales en materia del proceso constitucional de amparo, destinadas a fortalecer y garantizar el respeto y el cumplimiento por los magistrados del Poder Judicial de la

doctrina jurisprudencial² y el precedente vinculante³ expedidos por el TC.

La primera parte de la sentencia materia de análisis, más que modificar, delimita los alcances del "amparo contra amparo", habida cuenta de que la doctrina jurisprudencial del TC que habilitó esta herramienta procesal⁴ es anterior al nuevo CPC. En realidad, lo que hace el TC es adecuar su propia doctrina jurisprudencial y, luego, desarrollar y precisar en qué casos se puede interponer el "amparo contra amparo". La segunda modificación, que es la que nos interesa

¹ Este texto es una versión revisada del artículo incluido en el portal web del Consorcio Justicia Viva, luego publicado en la *Revista Mensual de Jurisprudencia Palestra del Tribunal Constitucional*, año 2, n.º 5. Lima: Palestra, 2007, pp. 807 y ss.

² Recogida en el artículo VI del TP del CPC, según el cual: "[...] 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 propio Tribunal Constitucional".

³ Reconocido en el artículo VII del TP del CPC, según el cual "[...] 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".

⁴ Sentencia del TC recaída en el expediente 200-2002-AA/TC. De acuerdo con esta sentencia, se podrá interponer amparo contra amparo: a) cuando la violación al debido proceso resulte manifiesta y esté probada de modo fehaciente por el actor; b) cuando se hayan agotado todos los recursos al interior del proceso que se cuestiona y aquellos hayan resultado insuficientes para el propósito corrector; c) cuando lo solicitado no se encuentre relacionado con lo decidido sobre el fondo, puesto que con el segundo amparo solo se puede poner en tela de juicio cuestiones estrictamente formales; d) cuando el nuevo proceso de amparo no intenta revertir una sentencia definitiva estimatoria, ya que de lo contrario se contravendría el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada; y, e) cuando se trate de resoluciones emitidas por el Poder Judicial, mas no de aquellas emanadas del TC.

analizar en razón de su importancia y de las innovaciones que propone, es la creación del recurso de agravio constitucional "excepcional" contra la sentencia "estimatoria" de segundo grado, expedida en un proceso de amparo, cuando desconoce o incumple el precedente vinculante fijado por el TC.

Toda nuestra argumentación está destinada a sustentar que esta regla procesal no solo tiene cobertura constitucional, sino que su implementación era necesaria para garantizar el normal funcionamiento de la justicia constitucional y el respeto de los fallos del TC por todos los poderes públicos, en especial por los magistrados.

Antecedentes:

El recurrente desconocimiento de los precedentes vinculantes del TC

Las modificaciones introducidas por el TC buscan dar solución a un problema y a un vacío del diseño de la justicia constitucional en nuestro país. Nos referimos a la falta de mecanismos efectivos para asegurar el respeto de los precedentes vinculantes por los tribunales, cuando estos expedían "sentencias estimatorias" de segundo grado en procesos constitucionales de amparo, pues al ser precisamente estimatorias y no denegatorias, no podían ser revisadas por el TC por medio del recurso de agravio constitucional, en aplicación literal del artículo 202.º, inciso 2, de nuestra Carta Política, y del artículo 18.º del CPC (ley 28237).

Esta falta de mecanismos idóneos no era solo un problema teórico o normativo: tal

anomalía permitió, entre otras cosas, que no pocos jueces inaplicaran precedentes vinculantes dictados por el TC, sin la menor motivación acerca de las razones por las que se apartaban de él, no obstante ser casos sustancialmente iguales al que generó el precedente. Este vacío o laguna en los procesos constitucionales de amparo originó, por ejemplo, que jueces inescrupulosos declararan inaplicables normas legales que regulan un conjunto de actividades (como la de juegos de casinos y máquinas traga-monedas), cuya constitucionalidad había sido ratificada por el TC en reiterados pronunciamientos que tenían naturaleza de precedente vinculante.

No hablamos de casos intrascendentes o anecdóticos, sino de un conjunto de actividades económicas que, siguiendo la misma modalidad de las empresas de casinos y tragamonedas, no solo burlaban sistemáticamente la normatividad pertinente sino explícitos precedentes vinculantes que prohibían este tipo de sentencias. Nos referimos por ejemplo a los dueños de buses-camión que siguen operando pese a que el propio TC ha prohibido el uso de estos vehículos; a las empresas pesqueras que, a pesar de no contar con la licencia respectiva, pescan en época de veda; a las discotecas que reabren sus puertas no obstante haber sido cerradas por la autoridad municipal por no contar con licencia o no cumplir con normas de seguridad, etcétera.

El tema de fondo, entonces, no era otro que el incumplimiento por algunos magistrados de los precedentes vinculantes, e incluso de la doctrina

jurisprudencial, a pesar de que la norma pertinente del CPC establece que son de cumplimiento obligatorio. En relación con la doctrina jurisprudencial, el artículo VI del Título Preliminar (TP) del CPC señala:

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.

En relación con el precedente vinculante, el artículo VII del TP del CPC precisa: "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".

Ante esta caótica e intolerable situación, la primera reacción vino de la propia Oficina de Control de la Magistratura (OCMA). Con fecha 4 de abril del 2006, este órgano disciplinario publicó la resolución de jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ, mediante la cual dispuso que todos los órganos jurisdiccionales de la república debían dar cumplimiento a precedentes vinculantes señalados por el TC. No obstante ello, y de manera insólita, dicho mensaje fue desautorizado por el

propio Poder Judicial. En efecto, al día siguiente el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) publicó un comunicado en el que desautorizaba la mencionada resolución jefatural de la OCMA, con el argumento de que "[...] los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146° de la carta fundamental y en el artículo 2° de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Lo que en buena cuenta estaba haciendo el CEPJ –encabezado por el Presidente del Poder Judicial– era inducir a los magistrados a desacatar lo establecido en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del TC (ley 28301), cuando señala que:

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 a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

Si bien la sanción disciplinaria era una opción válida –aun cuando fue "desmentida"–, ella era a todas luces extemporánea, pues no afectaba la resolución judicial que había incumplido y desacatado el precedente vinculante del TC, ya que aquella mantenía sus efectos. Es decir, este camino no era el más adecuado y efectivo para asegurar

el cumplimiento de los precedentes vinculantes del TC. Otra posibilidad hubiese sido la presentación de un proceso constitucional de amparo contra la resolución que desconoce el precedente vinculante, alegando, entre otras cosas, la violación del derecho a la igualdad, pues no es posible que la justicia se pronuncie de manera distinta -si es que no opuesta- ante dos hechos o situaciones fundamental y materialmente idénticas. Otro fundamento de este posible "amparo contra amparo" hubiese sido la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto del derecho del justiciable a que el juez se pronuncie sobre el fondo y de acuerdo con el derecho, pues el precedente vinculante, en virtud del artículo VII el CPC, es fuente de derecho y parte del ordenamiento jurídico al cual están sometidos todos, magistrados incluidos.

Aunque atractiva, esta respuesta tenía varios problemas; el principal, el tiempo: un proceso de amparo demora, en el mejor de los casos, dos años en ser tramitado, lo que lo convertía en un instrumento poco efectivo para asegurar el respeto del precedente.

Todo ello motivó que el TC expidiera una sentencia (expediente 00006-2006-PC/TC), en el marco de la demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) contra el Poder Judicial, en relación con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas. La referida sentencia del TC declaró "nulas" un conjunto de resoluciones judiciales que habían

incumplido y desconocido los precedentes vinculantes del TC. En efecto, en el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia del TC recaída en el citado expediente este colegiado resuelve dejar sin efecto un conjunto de resoluciones judiciales que no habían considerado el precedente vinculante recaído en la sentencia de expediente 4227-2005-AA/TC, expedido por el TC. Asimismo, ordena que se tenga en consideración la doctrina jurisprudencial recaída en el expediente 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia recaída en el expediente 4227-2005-AA/TC.

Finalmente, el TC pone en conocimiento de la OCMA del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la resolución de jefatura 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el diario *El Peruano* el 4 de abril del 2006, que dispone que: "[...] todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional".

Es necesario señalar que si bien la sentencia recaída en el expediente 00006-2006-PC/TC anuló sentencias expedidas contra su propio precedente vinculante y su doctrina jurisprudencial por violación de la cosa juzgada constitucional, el TC fue duramente cuestionado por el Poder Judicial. Así, el 22 de abril del 2006 la Sala Plena de la Corte Suprema de la República publicó un pronunciamiento en el que manifiesta su enérgico rechazo y protesta contra esa

sentencia del TC, pues considera que ha afectado seriamente la independencia judicial y la garantía de la cosa juzgada.⁵

El problema: La falta de control de constitucionalidad por el TC de resoluciones estimatorias de segundo grado que incumplen el precedente vinculante

El punto detrás de todo esto se reconduce a un problema: la existencia de resoluciones estimatorias expedidas en segundo grado en procesos de amparo, exentas de control de constitucionalidad por el TC, fruto de una aplicación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución Política.

En efecto, el artículo 202.º, inciso 2, de nuestra Constitución dice que solo las resoluciones denegatorias expedidas por tribunales en el marco de procesos constitucionales de amparo podrán ser revisadas por el TC. Si esto es así, ¿qué pasa con las resoluciones estimatorias que

violan derechos fundamentales o desconocen doctrina jurisprudencial o precedente vinculante? Según una interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución, dichas resoluciones serían intangibles, es decir, estarían exentas del control de constitucionalidad. Esto significa que nos encontraríamos ante magistrados que estarían por encima del control de la Constitución, cosa inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, pues supondría reconocer que un poder constituido como el Poder Judicial estaría por encima del poder constituyente cuya voluntad se plasma en la Constitución.

Si bien el artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución establece que corresponde al TC: "[...] conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento", para el propio TC: "[...] una interpretación literal de dicha disposición puede generar en el actual contexto de desarrollo de la justicia

⁵ Finalmente, solo cabe decir que el problema no solo se ha evidenciado en materia de amparos. Esto va más allá. Es el caso, por ejemplo, de la reciente resolución de la Tercera Sala Penal del Callao, que declaró fundado el hábeas corpus presentado por el almirante (r) y vicepresidente de la República Luis Giampietri Rojas contra las magistradas de la Primera Sala Penal Especial Anticorrupción Inés Villa, Inés Tello e Hilda Piedra. Lo cuestionable en todo ello fue que la Corte Superior de Justicia del Callao utilizó el hábeas corpus restringido para una finalidad para la que no fue creado. En efecto, según la doctrina jurisprudencial, de naturaleza vinculante de conformidad con el artículo VI del TP del CPC (ley 28237), el hábeas corpus restringido procede cuando "[...] los seguimientos perturbatorios carecen de fundamento legal y/o provienen de órdenes dictadas por autoridades incompetentes" (sentencia del TC, expediente 2663-2003-HC/TC). Es decir, solo procedía cuando la autoridad que ha emitido la orden es "incompetente"; en otras palabras, cuando lo hace contraviniendo la ley sustantiva y procesal, lo que no ocurrió en el presente caso, tal como lo ha reconocido la propia sentencia cuando señala, en su considerando 12, que "[...] no resulta de aplicación para las magistradas demandadas lo dispuesto por el artículo octavo de la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional), por no existir ninguna causa probable de ilicitud, toda vez que la decisión cuestionada, resulta ser el producto del razonamiento particular de los miembros de la citada sala dictada en uso de las atribuciones que le confiere la ley y sus potestades jurisdiccionales". Este es un caso claro de desconocimiento de que la doctrina jurisprudencial emitida por el TC vincula a todos los poderes públicos, entre ellos a los magistrados del Poder Judicial.

constitucional algunas distorsiones en la interpretación y defensa de los derechos constitucionales" (fj. 26). A juicio del TC, una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional afecta los derechos fundamentales y el propio orden jurídico constitucional cuando es "[...] emitida contra la expresa interpretación constitucional que haya realizado este Colegiado de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia, o también, como ya ha ocurrido, cuando es emitida en abierto desacato a un precedente constitucional vinculante" (fj. 27).

**Solución dada por el TC:
La "reinterpretación constitucional"
del artículo 202.º, inciso 2, de la
Constitución**

Como podemos ver, tenemos una norma constitucional como es el artículo 202.º, inciso 2, que "impide" la vigencia y la supremacía de la propia Constitución Política, al limitar la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre un tipo especial de resoluciones judiciales.

Estamos entonces ante una norma constitucional cuya lectura e interpretación literal y aislada (artículo 202.º, inciso 2) se contradice no solo con otra norma constitucional, sino, además, con un conjunto de normas constitucionales y con la propia razón de ser de la misma Constitución. En efecto, al lado del artículo 202.º, inciso 2, encontramos normas constitucionales que consagran

la obligación de respeto a la Constitución Política, como por ejemplo el artículo 51.º, cuando indica que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal"; el artículo 45.º, que 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"; el artículo 46.º, que indica: "Nadie debe obediencia [...] a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución"; el artículo 138.º, segunda parte, que determina que: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera"; y el artículo 200.º, inciso 2, que establece que: "Son garantías constitucionales: 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)".

Debemos tener en cuenta que en el marco del Estado Constitucional de Derecho, adoptado como modelo por nuestro constituyente en la Constitución Política, un postulado básico del constitucionalismo contemporáneo es el carácter normativo o la fuerza vinculante de la Constitución Política. Esta no es una guía moral o un conjunto de buenas intenciones, sino -como diría Prieto Sanchís- una norma como cualquier otra, que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que aquella establezca.⁶ Si la Constitución fuera una

⁶ Prieto Sanchís, Luis: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 116.

norma política no vinculante, el TC no tendría razón de ser, y menos el control de constitucionalidad.⁷ Todo ello nos lleva a hacernos algunas preguntas: ¿Es consonante con la Constitución una lectura literal del artículo 202.º, inciso 2? ¿Tiene cobertura constitucional una interpretación que niega la propia naturaleza de la Constitución? En ambos casos, consideramos que no.

El problema con la interpretación literal que hasta ahora se ha estado haciendo es que desconoce los más elementales principios de interpretación constitucional, reconocidos de forma unánime por la doctrina y la propia jurisprudencia nacional y comparada.⁸ En efecto, una interpretación literal, legalista y totalmente descontextualizada del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución, lejos de optimizar el sistema de control de la constitucionalidad, no lo debilita sino que lo anula en el caso de las resoluciones estimatorias de segundo grado expedidas en proceso de amparo.

La particular estructura normativa de las disposiciones constitucionales que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (supuesto normativo-subsunición 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.⁹

Ya el TC ha señalado que: "[...] de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada".¹⁰

La interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución desconoce la competencia específica de control de la constitucionalidad que el constituyente ha otorgado al TC en materia de amparos, sobre la base de una comprensión literal y legalista, pues consagra la intangibilidad de un tipo específico de resoluciones expedidas en amparos.

La interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de nuestra Carta Política, desconoce los principios de *unidad de la Constitución* y *concordancia práctica*, pues en su pretensión de defender la literalidad de tal norma "sacrifica" la eficacia del control de constitucionalidad a cargo del TC, con lo que despoja a la norma suprema de una garantía

⁷ *Ibidem*.

⁸ Retomamos aquí algunos conceptos desarrollados por el autor en "En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas". Lima: Justicia Viva, 2006, pp. 28 y ss. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf>.

⁹ Sentencia del TC recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC, f. 12.

¹⁰ *Ibidem*.

jurisdiccional eficaz de protección. Además, lejos de optimizar el modelo de control de constitucionalidad, la interpretación lo recorta y lo disminuye. Según el primero, 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".¹¹ Por su parte, el segundo principio exige que toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando su interpretación".¹²

Por otro lado, la interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, es incompatible con el principio de interpretación constitucional de *corrección funcional*, que exige que no debe modificarse la distribución de competencias y funciones que el constituyente ha establecido,¹³ cosa que en los hechos logra una interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución, que luego recoge el artículo 18.º del CPC (que señala que solo cabe recurso de agravio constitucional cuando las resoluciones de segundo grado son denegatorias). Señala Hesse que si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones

a él encomendadas. Esto significa que "[...] dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación".¹⁴ Para la doctrina española, este principio trata de "[...] no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución".¹⁵ En definitiva, lo que se logra con una interpretación literal es afectar el reparto de funciones realizado por el constituyente.

Como señala el propio TC (expediente 4853-2004-PA/TC):

[...] mientras que el principio de concordancia práctica permite buscar un significado de la norma fundamental que optimice tanto la defensa de los derechos como la supremacía de la Constitución, el principio de corrección funcional por su parte nos recuerda que una interpretación literal de tal disposición impediría que este Colegiado pueda ejercer precisamente la función que constitucionalmente le corresponde, esto es, asumir su rol de intérprete supremo de la Constitución y ser 'definitiva instancia' en materia de tutela de los derechos fundamentales (fj. 31).

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Hesse, Konrad: "La interpretación de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1992, p. 47.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Pérez Royo, Javier: "La interpretación de la Constitución", en *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 150.

De igual manera, la interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, es incompatible con el "criterio apagógico",¹⁶ que exige atender las consecuencias de la interpretación. Ello supone que "[...] no puede darse un significado a una norma que provoque consecuencias absurdas"¹⁷, lo que a su vez exige, en términos concretos, que "[...] debe seleccionarse siempre aquella norma o grupo de normas que hagan eficaz la finalidad que la norma persigue y desecharse aquella que conduzca a un resultado absurdo".¹⁸ Se trata, en definitiva, de dotarla de un significado que no sea absurdo en relación con el mismo ordenamiento.

Este principio se viola cuando, por una parte, al TC se le aprecia como el órgano encargado del control de la constitucionalidad y, por otra, no se le reconoce la facultad de realizar el control de la constitucionalidad de resoluciones estimatorias de segundo grado expedidas en procesos de amparo, por medio del recurso de agravio constitucional. La Constitución no puede ir contra sí misma, no puede ser "a" y, al mismo tiempo, "no a". No puede una norma decir que nadie está por encima de la Constitución y, luego, señalar que hay una excepción, que un conjunto de resoluciones sí pueden vulnerar los derechos constitucionales y la interpretación que de aquella haga el TC.

El absurdo de la situación reside en lo siguiente: si el TC no tiene la atribución de realizar el control de la constitucionalidad para revisar violaciones de los derechos fundamentales y el desacato de los precedentes vinculantes, el TC ya no es el órgano supremo de control de la constitucionalidad. Esto resulta a todas luces irrazonable. La consecuencia práctica de arrebatarle al TC la facultad de supremo y definitivo intérprete de la Constitución sería el surgimiento o el establecimiento de ámbitos o materias ajenos al control de la constitucionalidad, como son las sentencias estimatorias de los jueces en procesos de amparo en segundo grado. Esta interpretación es incompatible con el principio de *fuerza normativa de la Constitución*. Según él, dado que la Constitución pretende verse actualizada, y en virtud de que las posibilidades y condicionamientos históricos de tal actualización van cambiando, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales será preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.¹⁹

Asimismo, la interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución también afecta el *principio de supremacía de la Constitución*. La Constitución, en

¹⁶ De Asís Roig, Rafael: *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 192.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Villar Palasí, citado por De Asís Roig, op. cit., 1995, p. 192.

¹⁹ Hesse, op. cit., 1992, p. 48.

tanto norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos, incluidos los magistrados y, por tanto, lo resuelto por los jueces o tribunales no puede ser contrario a los preceptos constitucionales, a los principios de los que estos arrancan o de los que se infieren, y a los valores a cuya realización aspira. Esto significa que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no es enjuiciable por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores.²⁰

Asimismo, al interpretar el artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución como si fuera la única norma constitucional, se viola el *criterio de la interpretación sistemática*. Ello ocurre cuando no se entiende que los enunciados normativos "[...] deben ser interpretados de forma coherente con el ordenamiento. Éste es precisamente el significado general del criterio sistemático".²¹ En efecto, una interpretación literal del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución desconoce que el ordenamiento jurídico tiene una entidad propia distinta de las normas que lo integran. Olvida que el ordenamiento jurídico es un sistema, es decir, una estructura dotada de un orden interno

en el que sus elementos se relacionan entre sí armónicamente conjugados. Como consecuencia de esta condición sistemática, se atribuyen al ordenamiento jurídico una serie de características como la unidad, la coherencia y la plenitud.²² Según De Asís: "[...] las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento"; el denominado argumento sistemático es aquel en el que "[...] a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico".²³ Asimismo, el criterio de coherencia establece que "[...] las normas deben ser interpretadas de modo tal que se evite su contradicción con otras".²⁴

Como señala el TC, en la sentencia en cuestión (expediente 4853-2004-PA/TC), una interpretación literal como se ha venido haciendo en la jurisprudencia y también en la doctrina, genera:

[...] la posibilidad de que los jueces del Poder Judicial puedan eventualmente estimar una demanda de amparo al margen de los precedentes de este Colegiado, sin que ello pueda ser objeto de control constitucional, lo que en última instancia supone desatender el carácter vinculante de la propia Constitución (fj. 31).

²⁰ García Pelayo, Manuel: «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1. Madrid: 1981, p.18.

²¹ De Asís Roig, op. cit., 1995, p. 206.

²² Del Hierro, José Luis: *Introducción al Derecho*. Madrid: Editorial Síntesis, 1997, p. 96.

²³ De Asís Roig, op. cit., p. 188.

²⁴ *Ibidem*.

También es aplicable a la reinterpretación del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución el principio recogido en el artículo 139.º, inciso 8, de la Constitución, que señala el deber de "[...] no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley". Esto significa que aun cuando un determinado problema o realidad no esté regulado en la ley, pues no fue previsto por el legislador, el juez debe resolver el conflicto e impartir justicia. En tal caso deben aplicarse los principios generales del Derecho. No basta con declarar la inconstitucionalidad: el TC tiene que afirmar la vigencia de la norma suprema y proteger los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo II del TP del CPC, que señala: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

La consecuencia es evidente: ante un caso de vacío o de lagunas, el TC tiene que integrar y dar una solución al problema que se le plantea. Las sentencias interpretativas son las soluciones que se dan ante los silencios, los vacíos y las omisiones legislativas del Congreso que constituyen violaciones de los derechos humanos o una vulneración de la norma suprema.²⁵

Se trata entonces de reinterpretar una norma constitucional (artículo 202.º, inciso 2) y una norma legal (artículo 18.º del CPC) con el objeto de impedir la generación de vacíos y desórdenes. Es necesario impedir que las omisiones legislativas y constitucionales generen situaciones de mayor violación de la Constitución Política y afectación de derechos fundamentales.²⁶ La cobertura constitucional de la reinterpretación solo es posible por medio de una interpretación sistemática de los principios constitucionales de "conservación de la ley", "interpretación desde la Constitución Política", "no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley", "primacía de la Constitución", "concordancia práctica" y "corrección funcional".

Todo ello nos lleva a una conclusión lógica y evidente: cuando el artículo 202.º, inciso 2, de nuestra Constitución Política señala que el TC conoce en última y definitiva instancia de las resoluciones "denegatorias" en los procesos constitucionales:

[...] ello no debe ser interpretado como que está proscrita por la Constitución la revisión por este Colegiado, vía recurso de agravio constitucional, de una decisión

²⁵ Retomamos aquí lo desarrollado por el autor en: "En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas", loc. cit.

²⁶ Como señala el TC: "[...] 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". Sentencia recaída en el expediente 0004-2004-CC/TC, fj. 3.3 (sic), en la demanda que el Poder Judicial interpuso contra el Poder Ejecutivo en materia de presupuesto.

estimatoria de segundo grado cuando ésta haya sido dictada en desacato de algún precedente constitucional vinculante, emitido por este Colegiado. El concepto "denegatorio" requiere pues de un nuevo contenido a la luz de los principios de interpretación constitucional y de la doble dimensión que expresan los derechos fundamentales y su tutela por parte de este Colegiado en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho (expediente 4853-2004-PA/TC, fj. 32).

La nueva regla procesal en garantía del precedente vinculante

De conformidad con la sentencia materia de análisis:

El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del CPC.

Luego agrega: "[...] el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional" (fj. 40).

En relación con la regla sustancial: "El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional".

Según señala el TC:

[...] el recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados (fj. 40).

Otro fundamento de la interpretación del artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución: La doble dimensión y finalidad de los procesos constitucionales

Un argumento adicional que ha invocado la sentencia materia de comentario es que el artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución, al solo reconocer la posibilidad de interponer recurso de agravio constitucional contra las sentencias denegatorias y no contra las sentencias estimatorias, únicamente protege y toma en cuenta la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y de los procesos constitucionales, esto es, la protección de los derechos de las personas, olvidando que los procesos

constitucionales también tienen una dimensión y una función objetivas, que consiste en la protección y defensa del "orden jurídico constitucional". Como dice el TC: "De este modo los procesos constitucionales no sólo tienen como finalidad la respuesta a concretas demandas de las partes, sino también la tutela del orden jurídico constitucional cuya interpretación definitiva corresponde a este Tribunal" (fj. 34).

El TC ha precisado que:

[...] en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la tutela objetiva de la Constitución. La protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión también supone una afectación del propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales, siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias

todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro (expediente 023-2005-AI/TC, fj. 11).

El argumento principal del TC es que el artículo 202.º, inciso 2, de la Constitución:

[...] no hace expresa referencia a la competencia de este Tribunal para conocer el caso de las sentencias estimatorias de segundo grado; tal silencio sólo supone una presunción *iuris tantum* a favor de la constitucionalidad de dichas decisiones, mas no su imposibilidad de control vía el recurso de agravio constitucional cuando se haya dictado al margen del orden jurídico constitucional, desacatando un precedente vinculante (fj. 35).

En consecuencia, el TC señala que:

[...] la precisión establecida en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, en el sentido de que el recurso de agravio procede contra "la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda", en la medida en que sólo hace referencia a la dimensión subjetiva del concepto de decisión judicial "denegatoria" (esto es referido a la pretensión contenida en la demanda) y no a la dimensión objetiva (esto es referida al respeto de los derechos fundamentales y el orden constitucional en su conjunto); no puede decirse que limita las posibilidades del recurso

de agravio, también tratándose de decisiones estimatorias que sean abiertamente ilegítimas, por desconocer el carácter de órgano supremo de control de constitucionalidad de este Colegiado, así como la consecuente potestad de dictar precedentes vinculantes reconocida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En relación con la finalidad de esta reinterpretación, el TC señala que ella está encaminada a:

[...] restablecer los principios de supremacía jurídica de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales, los que se verían transgredidos si un juez desconoce, de modo manifiesto, los precedentes vinculantes de este Colegiado que, conforme al artículo 1 de su Ley Orgánica, es el supremo intérprete de la norma fundamental del Estado y de los derechos fundamentales (fj. 38).

Como agrega el TC, se trata en definitiva del recurso de agravio:

[...] a favor de la protección y de la interpretación constitucional de los derechos que realiza, en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 202.2) de la Constitución, labor que se concreta de manera

objetiva en sus precedentes vinculantes (fj. 38).

Cobertura constitucional y legitimidad de la facultad del TC de expedir precedente vinculante y doctrina jurisprudencial

Un punto importante en la sentencia materia de análisis tiene que ver con el hecho de que la Constitución no habría reconocido en ningún lado a la jurisprudencia como fuente de derecho, sino solamente en el artículo VII del TP del CPC. Si bien es cierto que no existe una referencia expresa en nuestra Carta Política, tanto el precedente vinculante como la doctrina jurisprudencial tienen cobertura constitucional sobre la base de una interpretación de la Constitución Política.²⁷

La cobertura constitucional se encuentra en el artículo 201.º de la Constitución, que reconoce al TC como órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes, y en el artículo 202.º de la misma Carta Política, según el cual corresponden al TC, en los procesos constitucionales, la función de instancia final de fallo y, en otros, instancia única. La interpretación sistemática de ambas normas señala que las sentencias del TC "[...] no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso por los particulares"²⁸; de lo contrario no existiría justicia constitucional material y eficiente.

²⁷ Seguimos lo desarrollado en el artículo "¿Es el Tribunal Constitucional un legislador positivo?". En www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0299.htm

²⁸ Sentencia del TC recaída en el expediente 0006-2006-CC, fj. 36.

Los precedentes constitucionales son respuesta a un problema que urge atender –si nos queremos tomar en serio la vigencia y la supremacía de la Constitución–, que es el siguiente:

Ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad [...] con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la administración o de los poderes públicos que no sólo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales.²⁹

Sin embargo, como es sabido: "[...] el Tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos".³⁰

Como se puede advertir, se configura una situación absurda, incompatible con una interpretación de la Constitución que optimice el control de la constitucionalidad del propio TC, pues:

[...] el Tribunal Constitucional (cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución) no

dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.³¹

Ante esta situación, la institución del precedente constitucional debe permitir: "[...] anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no sólo para los jueces, sino para todos los poderes públicos". De esta manera, el precedente constituye: "[...] una herramienta no sólo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales".³²

Otro fundamento constitucional de los precedentes constitucionales y la doctrina jurisprudencial lo podemos encontrar en la institución de la "autonomía procesal". Ella se desprende tanto de la propia naturaleza del TC como del artículo 201.º de la Constitución, según el cual la autonomía e independencia funcional del TC en relación con los demás poderes del Estado debe entenderse también como

²⁹ Sentencia del TC recaída en el expediente 03741-2004-AA, fj. 38.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, fj. 40.

una autonomía del TC para configurar, por medio de sus sentencias, los procesos constitucionales que son de su competencia.³³

También podemos encontrar fundamento constitucional del respeto y la observancia del precedente constitucional y la doctrina jurisprudencial en el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la aplicación de la ley (artículo 2.º, 2, de la Constitución), pues no es posible que la judicatura se pronuncie jurisdiccionalmente de diferente manera ante dos casos sustanciales similares.³⁴ En efecto, el ciudadano, cuando acude a los órganos jurisdiccionales, ha de tener la razonable seguridad de que su causa será resuelta de la misma forma en que lo fueron situaciones parecidas anteriores.³⁵ Como señala Chamorro Bernal, citando una jurisprudencia española, la razonable seguridad de la igualdad en la aplicación de la ley forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.³⁶ En caso contrario:

[...] cuando un juez o tribunal al dictar una resolución, se aparta de la legalidad dominante o resuelve en forma distinta o contradictoria a como lo hizo en un caso anterior sustancialmente idéntico, debe justificar ese apartamiento y si no lo hace, nos encontramos ante una resolución que viola el derecho a la tutela judicial efectiva, violación que se produce precisamente por no razonar ese apartamiento de la legalidad dominante o de sus propios precedentes.³⁷

Otro fundamento es el derecho a la tutela judicial efectiva, que, a su vez, contiene el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, es decir, que la fundamentación en derecho se atenga al sistema de fuentes establecido, del cual forma parte la jurisprudencia del TC³⁸ y, en concreto, el precedente vinculante. En otras palabras, si el precedente vinculante es parte del ordenamiento

³³ Landa, César: *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, p. 416.

³⁴ Cf. Rodríguez Santander, Roger: "El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos", en *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, p. 65.

³⁵ Chamorro Bernal, Francisco: *La tutela judicial efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 225-226.

³⁶ *Ibidem*, p. 226.

³⁷ *Idem*. Cita ese autor jurisprudencia constitucional española: "En la aplicación jurisdiccional de la Ley puede existir violación del principio de motivaciones cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en algunas de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución" (STC 8/1981 del 30 de marzo, fj. 6, BOE 14/4/1981; JKC I, p. 143). "Por lo tanto lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es el cambio arbitrario de criterios generales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas llevado a cabo por una resolución que responde de manera particular al concreto supuesto planteado, en contradicción injustificada con dichos criterios generales" (STC 108/1988 del 8 de junio, fj. 2, BOE 25/6/88, JC XXI, p. 239).

³⁸ Chamorro Bernal, op. cit., 1994, p. 241.

jurídico, no tomarlo en cuenta viola la tutela judicial efectiva cuando este obliga al juez a pronunciarse sobre el fondo de acuerdo con el derecho. Todo ciudadano tiene derecho (como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva) a una resolución motivada y fundada en derecho.

Es necesario analizar el concepto de "resolución fundada en derecho". Señala Chamorro que la fundamentación es inherente a la idea de sentencia, y comporta que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional se base en ley adecuada al caso y no contenga elementos arbitrarios o irracionales, siendo arbitraria una resolución cuando carece de motivación o ella es ajena al ordenamiento jurídico.³⁹ Agrega este autor que la ley ha de ser aplicada e interpretada correctamente desde el punto de vista constitucional.⁴⁰

A juicio de Chamorro, el que una resolución esté fundada en derecho supone, por tanto: 1) que se seleccione la norma por aplicar de forma razonada, de acuerdo con el sistema de fuentes; 2) que la norma elegida sea la adecuada al caso, elección que, de ser razonable y no afectar a ningún derecho fundamental, no podrá ser revisada por el TC; 3) que se exponga

razonadamente por qué la norma jurídica que haya sido seleccionada justifica la resolución adoptada; y, 4) que dicha norma sea constitucional y se aplique e interprete de acuerdo con la Constitución.⁴¹ En consecuencia, debemos preguntarnos: ¿cuándo una resolución judicial no está "fundada en derecho"? Para Chamorro Bernal, una resolución no estará fundada en derecho, entre otros supuestos, "[...] cuando la interpretación de la legalidad no sea adecuada a la dada por el TC".⁴²

Finalmente, el respeto al precedente constitucional vinculante tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica, certeza y predictibilidad. Como bien señala Rubio,⁴³ aunque la Constitución no menciona la seguridad jurídica, el TC ha tratado de ella en su jurisprudencia. Así, el Tribunal señala que:

[...] la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado Constitucional de Derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Idem*. Cita este autor una jurisprudencia: "[...] los ciudadanos tienen derecho a ser oídos y a una decisión fundada en derecho, es decir en ley que, además de ser constitucional, sea la adecuada al caso y esté correctamente aplicada desde el punto de vista constitucional" (STC 46/1982 de 12 de julio, fj. 3, BOE 4/8/82, JC IV, p. 56).

⁴¹ *Ibidem*, p. 243.

⁴² *Ibidem*, p. 248.

⁴³ Rubio Correa, Marcial: *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2007, p. 77.

expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad.⁴⁴

La implementación de la técnica del precedente constitucional es un instrumento de vital importancia para dar predictibilidad y seguridad jurídica al derecho y al sistema de administración de justicia en nuestro país. Señalan Carpio y Grández,⁴⁵ con muy buen criterio, que los precedentes vinculantes contribuyen a imponer de manera más eficaz el deber de motivación y, por tanto, a desterrar la arbitrariedad. Asimismo, otorgan mayor credibilidad y confianza en los tribunales, disminuyen la carga de trabajo en la medida en que simplifican la resolución de casos futuros, "rentabilizando" el esfuerzo argumentativo de casos pasados. Además, señalan estos autores, ayudan a prevenir los actos de corrupción, en la medida en que dictan parámetros previos a los jueces; contribuyen a la defensa del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Finalmente, y en el ámbito propio del precedente constitucional, ayudan a fortalecer la presencia del TC como supremo intérprete de la Constitución, de modo que generan mecanismos objetivos para las relaciones institucio-

nales entre el Poder Judicial y el TC en la tutela de los derechos fundamentales.⁴⁶

Conclusiones: Garantizar el cumplimiento del precedente vinculante es fortalecer la justicia constitucional y la efectiva vigencia y supremacía de la Constitución

A partir de las razones antes expuestas, consideramos que la sentencia recaída en el expediente 4853-2004-PA/TC no solo tiene cobertura constitucional sino que es coherente y consistente con los fines de los procesos constitucionales. En efecto, según el artículo II del TP del CPC: "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales". Asimismo, la creación del recurso de agravio constitucional excepcional es consonante con el artículo III del TP del CPC, según el cual [...] 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 [...]. En efecto, la interpretación de las normas procesales constitucionales debe estar orientada a la protección del sistema constitucional, porque la afectación sustancial del derecho objetivo y de las instituciones procesales termina por socavar la propia garantía jurisdiccional de la Constitución.

⁴⁴ Sentencia del TC recaída en el expediente 0001-0003-2003-AI/TC, fj. 3.

⁴⁵ Carpio Marcos, Edgar: *El precedente constitucional (2005-2006): Sentencias, sumillas e índices*. Lima: Palestra, 2007, p. 6.

⁴⁶ *Ibidem*.

Lo contrario, es decir, la permisón del desconocimiento de los precedentes vinculantes por los magistrados supone, en los hechos, la abdicación por el TC de sus funciones constitucionales. Por mandato constitucional (artículo 201.º), el TC no solo tiene la facultad sino también la obligación de defender la jurisdicción que la Constitución le reconoce, bajo el imperativo de tutelar los derechos fundamentales y la supremacía jurídica de la Constitución, de acuerdo con el artículo II del TP del CPC (expediente 006-2006-PCC/TC, fj. 7).

Corresponde al TC:

[...] no sólo preservar sus atribuciones y facultades que la Constitución le reconoce respecto de los procesos constitucionales que son de su competencia, tal como lo dispone el artículo 3º de su Ley Orgánica, sino también vigilar que sus sentencias sean cumplidas plenamente y en su oportunidad,

al constituir concreciones finales de la propia Norma Fundamental. Si el Tribunal no pudiera disponer el cumplimiento obligatorio de todos aquellos actos necesarios para el cabal cumplimiento de sus sentencias, entonces estaría en cuestión su carácter de "órgano de control de la Constitución" y se contravendría flagrantemente los artículos 200º, 201º y 202º de la Constitución (expediente 006-2006-PCC/TC, fj. 8).

Los argumentos antes expuestos nos permiten concluir que los precedentes vinculantes son instrumentos de primera importancia que permiten al TC cumplir con el encargo que la Constitución le ha hecho. Por todo ello, consideramos que si en realidad queremos tomar en serio la Constitución, su efectiva vigencia y supremacía en nuestro país, debemos apuntalar y fortalecer instituciones como el precedente vinculante.

Nueva ley de justicia militar y policial: Persiste la resistencia a acatar las sentencias del Tribunal Constitucional

David Lovatón Palacios⁴⁷

El 11 de enero del 2008 fue publicada la ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial que, en lo central, incurre en las mismas inconstitucionalidades de la legislación anterior (la derogada ley 28665) y vuelve a desacatar la jurisprudencia del TC sobre la materia. A continuación, y en breve, las razones por las que el Parlamento, en menos de dos años, incurre por tercera vez en una ley abiertamente incompatible con la Constitución, la Convención Americana y la jurisprudencia del TC y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reciente pero larga historia

Ante la inacción legislativa, en el año 2003 la Defensoría del Pueblo interpuso dos demandas de inconstitucionalidad: una contra la ley 24150, que regulaba la actuación de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción, y otra contra diversos artículos de los decretos leyes 23201 (Código de Justicia Militar) y 23214 (Ley Orgánica de la Justicia Militar), promulgados en las postrimerías de la dictadura militar 1968-1980. En el año 2004 el TC declaró fundadas, en parte, esas demandas, y dispuso una *vacatio sententiae* de un año con el fin de que el Parlamento apruebe un nuevo marco legal. A principios del 2006 se promulgaron y publicaron la ley 28665, Ley de

Organización y Funciones de la Justicia Militar y Policial, y el decreto legislativo 961, Código de Justicia Militar y Policial. Sin embargo, ambas normas vuelven a insistir en un diseño de la justicia militar y policial contrario a la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, la Fiscal de la Nación interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 28665, y el Colegio de Abogados de Lima presentó una segunda demanda de inconstitucionalidad contra la misma ley y otra contra el decreto legislativo 961.

En la demanda contra el Código de Justicia Militar y Policial, el TC declara inconstitucionales varios de sus artículos, adelgazando así los supuestos de hecho

⁴⁷ Abogado y magíster con mención en Derecho Constitucional. Actual Director de Proyectos del IDL y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

considerados delitos de función. En las dos demandas contra la ley 28665 también declaró inconstitucionales varios de sus artículos y volvió a disponer una segunda *vacatio sententiae*, y exhortó al Parlamento para que legisle nuevamente, de conformidad con la jurisprudencia del TC. Esta segunda *vacatio sententiae* venció el pasado 31 de diciembre del 2006.

Poco antes de cumplirse tal plazo, el Parlamento aprobó la ley 28934, que prorrogó en forma inconstitucional el marco legal de la justicia militar y policial. Ante ello, el Colegio de Abogados de Lambayeque interpuso otra demanda de inconstitucionalidad contra esta ley, proceso que aún se encuentra en trámite al momento de redactar el presente artículo. Sin embargo, en la sentencia del 9 de abril del 2007 recaída en el expediente 08353-2006-HC/TC, una de las salas del TC ha inaplicado la ley 28934 al considerarla inconstitucional, entre otras razones, porque:

[...] la prórroga establecida por el Congreso es, a todas luces, un abierto desacato a cumplir con la exhortación hecha por este Colegiado. Tal situación, mantenida en el tiempo a plazo indefinido significa: [...] que se mantiene un estado de cosas inconstitucional más allá de un tiempo razonable fijado por este alto Colegiado. De ahí que este colegiado considera que resulta pertinente inaplicar la Ley N° 28934 si en el análisis de los casos concretos se produce una situación que es lesiva de un derecho fundamental [...] (párrafo 5).

Por tercera vez, una ley inconstitucional

Ahora, por tercera vez, la reciente Ley de Organización y Funciones del Fiero Militar Policial (29182) vuelve a insistir en un diseño de la justicia militar contrario a la Constitución y la Convención Americana en tres aspectos medulares:

1. La reciente ley aprobada insiste en que los jueces y fiscales militares tengan, simultáneamente, la condición de oficiales militares o policiales en situación de actividad. El artículo 9.º de la norma señala: "El Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez (10) Vocales Supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial, con grado militar o policial de Oficial General, Almirante o su equivalente, *en situación de actividad*" [cursivas nuestras]. En el caso de los vocales y jueces de instancias inferiores, la norma reitera esta condición de oficiales en situación de actividad en los artículos 15.º y 19.º. En el caso de los fiscales militares y policiales, lo establece en su artículo 22.º.

Esto contradice abiertamente lo resuelto por el TC. Así, en la sentencia del 9 de junio del 2004, que declaró inconstitucionales varios artículos de los decretos leyes 23201 y 23214, el TC estableció que:

[...] el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por "oficiales en actividad", vulnera los principios de

independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, *por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales*" (párrafo 42; cursivas nuestras).

Esta indubitable línea jurisprudencial fue ratificada por el TC en su sentencia del 17 de abril del 2006, que declaró inconstitucionales diversos artículos de la ley 28665:

"[...] a fin de proteger los principios de independencia e imparcialidad judicial, *el juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas* [...] toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia, al Poder Ejecutivo" (cursivas nuestras).

Poco tiempo después, el TC, en su sentencia del 13 de junio del 2006, no solo ratificó esta línea jurisprudencial sino que, además, justificó la incorporación de la jurisprudencia de la Corte

Interamericana que, sobre el particular, también considera que esta simultánea condición de oficial en situación de actividad y magistrado vulnera la garantía de juez o tribunal "independiente e imparcial" consagrado en el artículo 8.º, 1, de la Convención:

"De los distintos derechos que han merecido pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inclusive en el caso específico del Perú, destaca el derecho a un juez independiente e imparcial en el ámbito de actuación de los tribunales militares [...]. En el caso específico del Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el Estado peruano ha violado el derecho a un juez independiente e imparcial [...] por establecer [...] que los tribunales militares pueden estar compuestos por oficiales en situación de actividad [...]. *Este criterio de la Corte Interamericana es compartido por el Tribunal Constitucional* por lo que se ha establecido en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0023-2003-AI/TC (fj. 42 y ss.) y 0004-2006-PI/TC (fj. 68 y ss.), *en criterio vinculante para todos los poderes públicos, que vulneran el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial aquellas disposiciones legales que posibiliten que los tribunales militares se encuentren conformados por oficiales en situación de actividad* de las Fuerzas Armadas y la Policía

Nacional" (párrafos 6, 13 y 14; cursivas nuestras).

En efecto, la Corte Interamericana ha interpretado que la garantía consagrada en el artículo 8.º, 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referida a un juez o tribunal "independiente e imparcial", es vulnerada por esta doble condición de oficial en situación de actividad y juez militar. Su jurisprudencia sobre el particular es uniforme (incluso en varios casos referidos al Perú), y su último pronunciamiento ha sido en el caso "Palamara vs. Chile", en el que ratifica esta línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no dependa de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales; no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. *Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de*

independencia e imparcialidad [...]"⁴⁸ (cursivas nuestras).

De esta manera, en nuestro ordenamiento jurídico el TC ha elevado a "criterio vinculante para todos los poderes públicos" esta incompatibilidad entre la simultánea condición de oficial en situación de actividad y la de juez o fiscal militar, haciendo suya, además, la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado en similar sentido.

2. La ley aprobada establece, en su artículo 10º, que: "Los Vocales del Tribunal Supremo Militar Policial *son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de su Sala Plena [...]*" (cursivas nuestras). En el caso de los fiscales supremos, la ley señala la misma modalidad de selección en su artículo 23.º. En cuanto a los jueces y fiscales de instancias inferiores, los artículos 13.º, 2, y 23º disponen que serán designados por el Tribunal Supremo y la Fiscalía Suprema Militar y Policial, respectivamente. Así, todo queda en casa.

En cambio, el TC ha sido enfático en señalar que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) es el único órgano constitucionalmente habilitado para designar a jueces y fiscales. En su sentencia del 29 de marzo del

⁴⁸ Fragmento de sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Palamara vs. Chile", citado en el párrafo 70 de la sentencia del 17 de abril del 2006 del TC.

2006, apuntó que: "*Es importante destacar que el Consejo Nacional de la Magistratura es el órgano encargado, conforme a sus atribuciones constitucionales, de establecer los requisitos y condiciones que deben reunir quienes postulen a la jurisdicción especializada en lo militar [...]*" (párrafo 43; cursivas nuestras). Más adelante, en esa misma sentencia, el TC dejó sentado que:

"[...] La jurisdicción militar forma parte del Poder Jurisdiccional del Estado y como tal se encuentra vinculada por el conjunto de disposiciones constitucionales relacionadas con su naturaleza de órgano jurisdiccional, dentro de las cuales destaca claramente las que regulan el sistema de nombramiento de los jueces militares [...]. Norma Fundamental, la que ha establecido, como ya se ha mencionado, que el ente encargado de nombrar a los fiscales, en todos los niveles, es el Consejo Nacional de la Magistratura" (párrafo 166; cursivas nuestras).

3. El artículo 22.º de la ley aprobada establece un Ministerio Público militar y policial autónomo e independiente del Ministerio Público: "La estructura de los órganos fiscales del fuero militar policial es la siguiente: a. Fiscales Supremos Militares Policiales [...]. b. Fiscales Superiores Militares Policiales [...]. c. Fiscales Militares Policiales [...]. Los fiscales del fuero militar policial [...] proceden del Cuerpo Jurídico Militar Policial [...]". Sin embargo, en reiterados pronunciamientos el TC ha

señalado que, a diferencia del artículo 139.º, 1, que contempla la jurisdicción militar como una excepción al Poder Judicial, el artículo 158.º de la Constitución no dispone excepción alguna en el caso del Ministerio Público y, por ende, los fiscales militares deben pasar a formar parte de la estructura orgánica y funcional del Ministerio Público como una subespecialidad "penal militar".

En su sentencia del 9 de agosto del 2004, el TC sostuvo que:

A diferencia de lo que sucede con la función jurisdiccional, cuyo ejercicio se ha encomendado a diversos órganos [la "ordinaria" al Poder Judicial, la "constitucional" a este Tribunal, etc.], *la Constitución no ha previsto un tratamiento semejante para el Ministerio Público. Las atribuciones constitucionalmente conferidas a este órgano constitucional, por tanto, no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano [...].*

Posteriormente, en su sentencia del 13 de junio del 2006, reiteró que no existe: "[...] ninguna excepción que establezca que tales atribuciones [las del Ministerio Público] puedan ser ejercidas, por ejemplo, por un órgano especializado en materia penal militar [...]".

Es tan claro este aspecto en la línea jurisprudencial del TC que, en su resolución aclaratoria del 4 de noviembre del 2004 (expediente 0023-AI/TC), el máximo Tribunal exhortó al Ministerio Público para que designara transitoriamente a los fiscales penales militares,

exhortación que el Ministerio Público no pudo cumplir ante la falta de cooperación del CSJM:

[...] se solicita que se aclare si los "fiscales militares" ejercerían las atribuciones conferidas por los decretos leyes declarados inconstitucionales. Sobre el particular, este Tribunal considera que la organización y funcionamiento de representantes del Ministerio Público para que ejerzan sus atribuciones en el ámbito de la jurisdicción militar no requiere inexorablemente del dictado de legislación ad hoc. En ese sentido, y sin perjuicio de lo que se expondrá en el Considerando N° 10 de esta resolución, *el Tribunal considera que debe exhortarse al Ministerio Público para que, en el más breve plazo, designe a sus representantes ante la jurisdicción militar, para cuyo efecto se deberá tomar en cuenta necesariamente la formación jurídico militar de los designados [...]* Que, igualmente, se solicita que se aclare cómo intervendrán los fiscales militares, teniendo en consideración que el artículo 64° de la Ley Orgánica del Ministerio Público los excluye de la organización del referido órgano constitucional. Sobre el particular, *este Tribunal considera necesario enfatizar que el segundo párrafo de dicho artículo 64° de la LOMP es inconstitucional por conexión, porque la Constitución de 1993 no admite la existencia de un órgano paralelo al Ministerio Público que desarrolle sus mismas funciones.*

De modo que, sin perjuicio de subsanarse la omisión en la que se incurrió, entre tanto se dicte la legislación correspondiente, deberá procederse conforme a lo expuesto por este Tribunal en el Considerando N° 7 de esta resolución (párrafos 7 y 10 de resolución aclaratoria; cursivas nuestras).

De la Corte Suprema al Tribunal Constitucional

Un aspecto nuevo de la ley 29182, que es imprescindible comentar y criticar, es el contenido en el segundo párrafo de su artículo 4.º: "Los conflictos de competencia entre el Fuero Militar Policial y el Poder Judicial, los resuelve el TC, de acuerdo a ley". Hasta antes de este cambio legislativo, las contiendas de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia militar las resolvía la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, la que, a diferencia del pasado, tiene en la actualidad una línea jurisprudencial muy clara respecto de que solo los delitos de función son de competencia de la justicia militar y que, por ejemplo, las violaciones de los derechos humanos son de competencia de la justicia ordinaria (caso Indalecio Pomatanta y otros).

En ese sentido, llama la atención que la ley 29182 le haya quitado a la Corte Suprema esta función de dirimir los conflictos de competencia, sobre todo en el diseño legislativo adoptado por la referida norma de total divorcio orgánico entre la justicia militar y la justicia ordinaria. Esto es mucho más preocupante si tomamos en cuenta que, en virtud de la

restricción establecida en los artículos 140.º y 173.º de la Constitución, la Corte Suprema tampoco revisa las sentencias de la justicia militar en clave de casación (a excepción de la aplicación de la pena de muerte, que es, felizmente, un supuesto inaplicado en el Perú).

Por otro lado, sorprende también que la ley 29182 le haya conferido esta función de dirimir competencias al máximo tribunal de la justicia constitucional –como el TC– y no al máximo tribunal de la justicia penal –como la Corte Suprema–, a pesar de que es evidente que la justicia militar es, como bien lo han desarrollado en extenso diversos informes defensoriales, una especialización del Derecho Penal; precisamente por eso, también se le conoce doctrinalmente como "derecho penal militar".

¿A dónde nos conduce todo esto?

Es evidente que con esta nueva ley el Parlamento se resiste, por tercera vez y en menos de dos años, a legislar de conformidad con la interpretación constitucional que de la justicia militar y policial ya ha realizado a la fecha el TC en cinco pronunciamientos. Está muy claro también que con esta actitud el Parlamento sigue acogiendo la inconstitucional posición del CSJM que todos estos años ha desatado una campaña de satanización contra todas las

instituciones, públicas o privadas, que hemos exigido permanentemente que se cumpla con las sentencias del TC sobre la materia.

¿Cuál será ahora el desenlace de este abierto desacato parlamentario a lo dispuesto por el TC? ¿Una nueva demanda de inconstitucionalidad contra esta ley? Podría ser, pero, a la vez, consideramos que están dadas las condiciones para reclamar ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que el Estado peruano no solo cumpla con garantizar, en el ámbito de la justicia militar y policial, la vigencia efectiva del derecho al juez o tribunal "independiente e imparcial" consagrado en el artículo 8.º, 1, de la Convención Americana sino que, en general, exhorte al Estado a cumplir las sentencias que sobre la materia ya ha expedido el TC. Entendemos que al evidenciarse una actitud reiterada de los poderes públicos de negarse a cumplir tales sentencias, las instancias supranacionales pueden exigir al Estado peruano que las acaten, tal como, en efecto, ha sucedido ya con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –con sede en Washington, D. C.–, que en el 131.º periodo ordinario de sesiones, realizado en el mes de marzo recién pasado, llevó a cabo una audiencia pública en la que analizó –junto con la representación del Estado peruano y organizaciones de la sociedad civil– la ley 29182.

Amparo electoral: Apuntes sobre la sentencia de inconstitucionalidad de la ley 28642⁴⁹

Natalia Torres Zúñiga

El 19 de junio del 2007 el TC emitió la sentencia recaída en el expediente 00007-2007-PI/TC, declarando inconstitucional la ley 28642 -publicada el 8 de diciembre del 2005-, que modificó el inciso 8 del artículo 5.º del CPC. Este dispositivo prohibía la procedencia de los procesos de amparo contra aquellas resoluciones del JNE que vulnerasen los derechos fundamentales de las personas.

Comentar este fallo es importante, porque representa la culminación de un largo proceso de debate público sobre la procedencia del amparo electoral. En efecto, ya en tres procesos de amparo anteriores a este caso el TC hizo referencia a la 'revisabilidad' de las decisiones del JNE cuando se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y el resto de derechos que también poseen esta naturaleza.

La emisión de estas sentencias trajo como consecuencia que los miembros del JNE se enfrenten públicamente al TC; que el Poder Legislativo aprobase la ley 28642, por medio de la cual se prohibía la procedencia del

amparo electoral, con lo que se pretendía limitar las competencias del TC; e incluso que se presente formalmente una solicitud de acusación constitucional contra los magistrados de este tribunal por la interpretación que otorgaban a los artículos 142.º y 181.º de la Constitución, que hacen referencia a la 'irrevisabilidad' de las resoluciones del JNE.

A propósito de la situación descrita, este artículo es una reflexión sobre el derrotero que ha seguido el TC en la construcción de los fundamentos -de Derecho Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y derechos humanos- que sustentan la procedencia del amparo electoral en los ordenamientos jurídicos constitucionales como el peruano.

El tránsito del amparo electoral previo a la sentencia de inconstitucionalidad del 2007

El amparo electoral puede definirse como un mecanismo que concreta el derecho a la tutela judicial efectiva y, a la vez,

⁴⁹ El documento que presentamos a continuación se basa en una serie de artículos preparados y difundidos en el portal web del Consorcio Justicia Viva: <www.justiciaviva.org.pe>.

como un recurso cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a situaciones reales de amenaza o lesión por el JNE en el marco de un proceso electoral. Definir su procedencia, sin embargo, ha sido más complicado, pues existen distintas tesis sobre el tema.

Mencionemos, primero, la teoría que rechaza la pretensión de la viabilidad del amparo electoral sobre la base del argumento de la seguridad jurídica y el temor a que se abuse de este recurso, lo que afectaría el curso normal de un proceso electoral. Una segunda teoría, que, en cambio, lo considera procedente, presenta a su vez dos variantes: aquella que lo admite para todos los casos en los que se atenta contra derechos fundamentales, y aquella otra que solo lo acepta para los casos en los que se han vulnerado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.⁵⁰

En el Perú, la Constitución de 1993 ha señalado que "[...] las resoluciones del JNE en materia electoral no son revisables en sede judicial" (artículo 142.º), pues "[...] son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables" (artículo 181.º); en ese sentido, "contra ellas no procede recurso alguno". Así, una primera lectura de estos artículos nos permite señalar que en el ordenamiento peruano se ha adoptado la tesis restrictiva.

Sin embargo, ya en los primeros años de la presente década esta opción interpretativa ha sido descartada por el

supremo intérprete de la Constitución, que la considera inconstitucional. En efecto, el TC ha señalado que la interpretación literal de estos artículos es inconstitucional, pues entra en contradicción con distintos dispositivos y principios de la Carta de 1993, como el artículo 200.º, inciso 2, el principio de fuerza normativa de la Constitución, entre otros. Así, para tener una lectura más coherente y unitaria del conjunto de normas constitucionales, el TC ha recurrido a la aplicación de principios interpretativos aplicables en Derecho Constitucional como los de concordancia práctica, unidad de la Constitución, función integradora, fuerza normativa y corrección funcional. En tal virtud, en lo que concierne a la procedencia del amparo electoral se puede llegar a una interpretación adecuada a los estándares de un Estado Constitucional.

En concreto, tres son los momentos previos a la sentencia de inconstitucionalidad en los que el TC, con distintos alcances, ha ido construyendo el sustento de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional para fundamentar la procedencia de este recurso: el caso Gerardo Espino (expediente 2366-2003-AA/TC, del 6 de abril del 2004), el caso Pedro Lizana (expediente 5854-2005-PA/TC, del 2005) y el caso Castillo Chirinos (2006).

La sentencia del caso Espino aborda por vez primera la procedencia del amparo electoral cuando aún no se había

⁵⁰ Abad Yupanqui, Samuel: "El proceso de amparo en materia electoral", en revista *Elecciones*, año 1, n.º 1, noviembre del 2002. Lima: ONPE.

aprobado el CPC. Se trata de la primera oportunidad en la que el TC abrió la posibilidad de revisar, excepcionalmente, las resoluciones del JNE cuando se hubiera vulnerado el derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva, basándose en la *teoría de la inexistencia de campos de invulnerabilidad absoluta que escapen al control jurisdiccional*.

En concreto, el supremo intérprete sustenta su posición señalando que no es posible: "[...] invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales" (fj. 4). Así, señala que aun cuando:

[...] de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el JNE, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución (fj. 4).

De la misma manera, en este caso el TC recalca que el criterio de interpretación literal que avala la 'irrevisabilidad' de las resoluciones del JNE no debe asumirse como correcto, ya que se opone al principio de protección de derechos y

dignidad de la persona humana que postula la Constitución. Además, esta sentencia influyó en la redacción primera del artículo 5.º, 8, del CPC, que reconoció la procedencia del amparo electoral cuando se viole la tutela procesal efectiva.

Luego, en un segundo momento, en la sentencia recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC (caso "Pedro Andrés Lizana Puelles") el TC, recurriendo al artículo VII del TP del ya vigente CPC, estableció como *precedente vinculante* la procedencia del amparo en los casos en los que se haya vulnerado el debido proceso o la tutela judicial efectiva, y así se vinculó a todos los poderes públicos del Estado.

Esta sentencia es particularmente importante porque desarrolla de manera expresa, a la luz de principios de interpretación constitucional, el por qué de la manifiesta inconstitucionalidad de adoptar una interpretación literal de los artículos 142.º y 181.º. De tal modo, el TC comienza por decirnos que interpretar de manera literal los recién referidos artículos de la Constitución atenta contra el principio de la supremacía de esta y el de su fuerza vinculante respecto de todos los poderes públicos, consagrados en los artículos 45.º y 51.º de la Carta de 1993. En el mismo sentido, señala que realizar una interpretación aislada de los artículos 142.º y 181.º viola los principios de interpretación, de unidad y concordancia práctica, pues al pretender auspiciar la seguridad jurídica "sacrifica" los derechos fundamentales y los despoja de toda garantía de protección (fj. 18). Con esa lógica, negar la posibilidad de la procedencia del amparo para los casos

en los que el JNE hubiera afectado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 139.º de la Constitución, en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y en el artículo 4.º del CPC, que se traduce en el derecho que asiste a todo ciudadano de recurrir a un tribunal competente frente a cualquier acto u omisión que lesione sus derechos fundamentales (fj. 37).

Ahora bien: queremos poner de relieve que en el caso Lizana se aborda la vinculación del Derecho Interno con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la necesidad de adecuar las normas nacionales a los estándares internacionales. Desde la perspectiva del DIDH, la existencia de mecanismos de control y de garantía de los derechos fundamentales frente a cualquier autoridad o institución del Estado es una necesidad y un imperativo que sustenta la propia existencia del Estado Constitucional. Afirmar lo contrario equivaldría a situar al Estado peruano ante la cierta e inminente condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), pues se estarían violando los artículos 8.º (garantías judiciales) y 25.º, 1 (tutela judicial efectiva), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En el mismo sentido, ha señalado que negar la procedencia del amparo vulnera la jurisprudencia de la CoIDH; y a renglón seguido se menciona que en la sentencia vinculante del caso Yatama vs. Nicaragua la Corte condenó a este Estado por

permitir que su máximo órgano jurisdiccional electoral estuviera exento de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

No obstante todo lo mencionado, este fallo no deja de reconocer la importancia de mantener vigente el principio de seguridad jurídica en los procesos electorales, para evitar que el amparo electoral se convierta en un obstáculo al curso normal de aquellos. Por eso el TC propone al Congreso introducir en el CPC modificaciones conducentes a:

[...] reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral [y] que las demandas de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral se presenten ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarásimos, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.

Asimismo, el TC señala: "[...] en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable".

Sin embargo, esta vez la posición del TC no caló en las instituciones del Estado, de manera que lo que inicialmente tuvo respaldo normativo en este nuevo

contexto generó mas bien críticas contra el TC, referidas a que se habría extralimitado en sus funciones y habría atentado contra la autonomía funcional del JNE, además de que ello podría generar una avalancha de amparos que pondría en peligro el calendario electoral.

Con esa lógica, el Parlamento aprobó la ley 28642 (publicada el 7 de diciembre del 2005), que modificó el referido artículo 5.º, 8, del CPC, con el objetivo de impedir legislativamente que el TC revisara las resoluciones del JNE; con tal propósito, adicionó lo siguiente: "[Las] [r]esoluciones en contrario, de cualquier autoridad [léase, el TC], no surten efecto legal alguno". Nada de ello impidió que el TC decidiera mantener su jurisprudencia de primacía de la Constitución, no solo en relación con el JNE, sino también respecto de todos los poderes públicos. En la "Sentencia Castillo Chirinos", emitida en el 2006, el TC señaló que la demanda era fundada y determinó la nulidad de la resolución del JNE que declaraba vacante el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Chiclayo que había ocupado el señor Castillo Chirinos.

Si bien aquí el TC indicó que la modificatoria de la ley 28642 no era aplicable al caso, dado que este se había iniciado durante la vigencia del texto original del artículo 5.º, 8, del CPC y debía continuar al amparo de él, aprovechó esta oportunidad para llamar la atención sobre la inconstitucionalidad de la norma modificatoria. Esto ocurrió a propósito de la actuación de la Sala Mixta de Chiclayo que en segunda instancia declaró improcedente la demanda de

Chirinos, basándose en la expedición de la ley 28642 y aplicándola al caso en cuestión.

En concreto, el TC señala que los jueces tienen el deber de ejercer control difuso sobre normas que atenten contra la Constitución y (en este caso) indicó que de considerarse aplicable la referida ley, se debió tener presente que la procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales deriva de una adecuada interpretación de la propia Constitución del Estado y que, por lo tanto, una interpretación contraria haría sucumbir "[...] el principio de supremacía constitucional, reinstitucionalizando el de soberanía parlamentaria, y negando, en consecuencia, los fundamentos mismos del Estado Constitucional" (fj. 19).

Asimismo, es relevante mencionar que en esta oportunidad el TC amplía el espectro sobre el que pueden versar los procesos de amparo electoral. Así deja de señalar que estos solo proceden en casos en los que se haya vulnerado el derecho al debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva, para referirse expresamente a la procedencia del amparo electoral cuando se vulnere cualquier derecho protegido por esta garantía constitucional. De esta forma, pasa de la teoría de la procedencia del amparo restringida a la teoría que admite un control amplio por los jueces constitucionales.

Por otro lado, señala que la "[...] pretendida irrevisabilidad de las resoluciones del JNE que lesionen los

derechos fundamentales *vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida ésta en el artículo 139°, 3 de la Constitución, en concordancia con el artículo 200°, 2 de la Carta Fundamental*" (cursivas nuestras). Y es que una lectura literal de los artículos 142.°, 181.° y 200.°, inciso 2, de la Constitución -este último se refiere a los procesos de amparo- da cuenta de una situación en la que se presenta una antinomia en el ordenamiento jurídico. Además, una interpretación sistemática y concordante de la Constitución nos lleva a señalar que el artículo 200.°, 2, tiene por propósito reconocer el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado, mediante el proceso de amparo. Decir lo contrario es ir en contra del principio de protección de los derechos y la defensa de la dignidad humana como fin supremo del Estado.

Igualmente, podemos añadir que la interpretación inconstitucional de los artículos 142.°, 181.° y 200.°, inciso 2, atenta contra los principios de unidad de la Constitución y de la eficacia integradora, en tanto genera un conflicto entre los jueces encargados de conocer procesos constitucionales y el JNE. Por un lado se encuentran los magistrados, a quienes la Carta de 1993 otorga competencia para conocer procesos de amparo en los que se aleguen violaciones de derechos fundamentales cometidas por cualquier autoridad, y por otra un órgano constitucional autónomo que sostiene que está al margen de todo tipo de control jurisdiccional respecto de sus resoluciones de carácter electoral. Una interpretación así

no contribuye a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y con la sociedad, ni a entender la Constitución como un "todo" armónico y sistemático; por el contrario, termina quebrando el orden constitucional y el equilibrio en la protección de los derechos, los principios y el control de poderes e instituciones del Estado.

Finalmente, en aplicación del principio de concordancia práctica, postular la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE y considerar inaplicable el 200.°, inciso 2, es olvidar que, en última instancia, los preceptos a los que hacemos mención deben entenderse o reconducirse al marco de protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, piedra angular del Estado de Derecho.

Por otra parte, en esta sentencia –al igual que en el caso Lizana– también se hizo referencia a las normas de la CADH y a la jurisprudencia de la CoIDH como parámetro de interpretación de la labor del TC. Específicamente, señaló que todas las decisiones de este tribunal internacional eran vinculantes para el ordenamiento peruano, de acuerdo con la capacidad que se le reconoce en el artículo 62.°, 3, de la CADH y del mandato de la 4.ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. En ese sentido, también toma como ejemplos, entre otros, los casos Yatama vs. Nicaragua y Tribunal Constitucional vs. Perú, para indicar que la CoIDH tiene jurisprudencia en la que señala que: "[...] las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles

con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos", y que, en ese sentido, "[...] el órgano supremo electoral debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana [...]".

Ahora bien: el contexto que hemos desarrollado líneas atrás refleja que si bien existía ya una postura del TC en relación con el tema, aún continuaba vigente la ley 28642, frente a lo cual, a fines del 2006, el Colegio de Abogados del Callao interpuso una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada fundada por el TC a mediados del 2007.

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao

En esta sentencia se reafirma lo señalado en los fallos previos. Su mayor aporte reside quizá en el carácter *erga omnes* de sus efectos (artículo 22.º del CPC) en relación con la invalidación de una norma de rango legal que a partir de ese momento dejó de ser parte de nuestro sistema jurídico y, por ende, aplicable por los jueces del Poder Judicial.

En efecto, por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de este dispositivo, el TC ha hecho prevalecer el *principio de fuerza normativa* de la Constitución frente a la interpretación del JNE que desconoce que la Carta Política es un conjunto de normas, derechos, valores, principios y directrices que deben ser interpretados de manera conjunta, sistemática y armónica.⁵¹ Esta "idea fuerza" sustenta el hecho de que toda entidad debe someterse a los límites materiales y formales que le impone la Constitución, lo que, al mismo tiempo, supone que existen mecanismos de control que implican mantener la vigencia de la Carta constitucional. Sobre ello, entonces, se sustenta el hecho de que las resoluciones del JNE deben estar sometidas a algún tipo de control jurisdiccional cuando han vulnerado algún derecho fundamental reconocido en la carta constitucional.⁵²

En el mismo sentido, en esta sentencia se reafirma *el control y la limitación del poder como pauta de un Estado Constitucional*⁵³ para justificar la existencia de los mecanismos de control jurisdiccional frente a la actuación de las instituciones del Estado. Así, se legitima la existencia del artículo 200.º, inciso 2, de la Constitución, que, sin ninguna excepción,

⁵¹ Ruiz Molleda, Juan Carlos: "Sobre la reciente sentencia del TC: A propósito del JNE y el Congreso de la República". En: <<http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/junio/21/reciente.htm>>.

⁵² Donayre Montesinos, Christian: "Algunas reflexiones en torno al amparo electoral y los mecanismos previstos para asegurar la ejecución de las sentencias emitidas en estos casos por los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la Ley N° 28642". Disponible en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Amparo_electoral_y_ejecuci_n_de_sentencias_Donayre_Montesinos.pdf>, p. 7.

⁵³ *Ibidem*.

refiere que los procesos de amparo se interponen contra los actos u omisiones de cualquier autoridad que vulneren los derechos protegidos por este recurso constitucional, y que se traduce en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

De la misma manera, con este fallo se indica que la ley 28642 vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.º, 3, de la Constitución, toda vez que no permite cuestionar judicialmente las resoluciones del JNE y niega así la posibilidad de reclamar una eventual afectación de los derechos fundamentales ante un órgano jurisdiccional y, por ende, no susceptibles de ser garantizados mediante un recurso judicial, lo que resulta contrario a los tratados y a la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

Así, vuelve a hacer referencia a la CADH y a la jurisprudencia de la CoIDH, y señala que la ley atenta contra el artículo 25.º, 1, de la Convención, y contra algunos casos contenciosos resueltos por la Corte y la Comisión Interamericanas que son vinculantes para el Perú, entre los que se encuentran el *Yatama vs. Nicaragua* y el *Susana Higuchi vs. Perú* (1999). (En este último, la Comisión Interamericana recomendó al Estado peruano adoptar las medidas tendientes a modificar el artículo 181.º de la Constitución, con el fin de posibilitar un recurso efectivo y sencillo en los términos del artículo 25.º de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, en relación a las decisiones del JNE.)

De la misma manera, aquí se reivindica el principio de las *competencias constitucionalmente atribuidas*. Y es que siempre se va a reconocer que el JNE "[...] es el máximo tribunal en lo electoral y que sus decisiones resultarán irrevisables cuando se emiten sin violentar derechos fundamentales"; también se avala la competencia de los jueces para conocer procesos de amparo en los que se alegue una violación por el JNE de los derechos protegidos por amparo.⁵⁴

Finalmente, el TC vuelve a indicar que en aras de salvaguardar la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral: "[...] en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable". En esa línea argumentativa, el TC señala que:

[...] toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral y que en dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

A partir de lo hasta aquí señalado en este acápite, podemos anotar que todas las

⁵⁴ *Ibidem*.

sentencias que abordan el tema del amparo electoral nos dejan como lección que ni el JNE ni ninguna otra institución estatal pueden interpretar normas constitucionales de manera aislada, y que deben hacerlo conforme a los principios de concordancia, unidad práctica, eficacia integradora y corrección funcional, y de acuerdo con los tratados y la jurisprudencia internacionales. Por otro lado, en la sentencia de inconstitucionalidad se deja claro que el Congreso de la República debe tomar en cuenta que su facultad legislativa no es omnipotente ni absoluta sino que tiene límites que debe respetar, entre ellos la Constitución Política, que se convierte en el principal criterio de validez sustancial o material de todo el ordenamiento jurídico.⁵⁵

Este caso es un claro ejemplo en el que el TC ha cumplido de manera relevante y adecuada su rol de supremo intérprete de la Constitución peruana. En efecto, una posición afín a la interpretación literal de los artículos 142.º y 181.º de la Carta fundamental hubiera significado abdicar del rol de guardián de la Constitución que el poder constituyente le ha confiado a este órgano jurisdiccional (artículo 201.º de la Constitución). Sin embargo, el TC ha

sabido equilibrar las cosas y hacer frente a un conflicto de alta trascendencia política y jurídica sin perder legitimidad alguna, a pesar de haber estado involucrado directamente en el debate del amparo electoral.

Asimismo, debemos resaltar la labor de argumentación del TC, pues ha sido una oportunidad para realizar una interpretación conforme a principios constitucionales vinculantes, y ha dejado sentado que son estos los métodos que se deben utilizar en un conflicto de derecho constitucional. Durante todo este proceso se ha generado también un espacio de diálogo en el que el TC ha sabido ponderar el principio de protección de la persona humana con el principio de seguridad jurídica, prefiriendo el primero pero sin desvirtuar el segundo.

Y, aunque no hay duda de que esta ha sido una oportunidad para reivindicar la existencia del amparo electoral en el Perú, ella nos coloca, al mismo tiempo, frente a la necesidad de adecuar el proceso de amparo a las exigencias del calendario electoral, para lo que se necesita voluntad política. A pesar de ello, podemos decir que se han dado grandes pasos en este tema.

⁵⁵ Ibidem.

Un importante fallo constitucional: El caso de la ley "anti-ONG"

Cruz Silva Del Carpio

Uno de los principales casos resueltos por el TC en el 2007 fue la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la ley 28875 (que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación) y la ley 28925 (que modifica la ley 27692, Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI),⁵⁶ asunto conocido luego como "el caso de la ley anti-ONG". Aquí se puso de relieve la función pacificadora del TC en temas difíciles políticamente hablando: por medio de una sentencia que declaró parcialmente fundada la demanda, remarcó la defensa de la libertad de expresión y, en términos prácticos, impidió la intromisión inconstitucional del Estado en la fiscalización de la sociedad civil.

¿Por qué fue tan controvertida la ley cuestionada?

En segunda votación, el Congreso aprobó, el 2 de noviembre del 2006, la norma que modifica la ley 27692 (Ley de

Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI), con 65 votos a favor, 43 en contra y una abstención. La crítica a las modificaciones que indicaba la autógrafa residía en la obligatoriedad del registro para las organizaciones privadas que desean trabajar en el país; asimismo, llamaba la atención el que se establezca como una forma de sanción la cancelación de tal registro por la vía de una sanción administrativa, entre otros puntos.⁵⁷

Allí no se agotaba, sin embargo, lo cuestionable de la ley: lo más grave, al fin y al cabo, es que se podía convertir en un medio muy eficaz de control del Gobierno (del actual y de los por venir) sobre una de las formas como la sociedad civil participa en el desarrollo del país (por medio de ONG, por ejemplo), en la vigilancia del respeto de los derechos y la denuncia de actos de corrupción perpetrados por el Estado o por particulares.

⁵⁶ Tales normas fueron publicadas el 15 de agosto del 2006 y el 8 de diciembre del 2006, respectivamente, en el diario oficial *El Peruano*.

⁵⁷ "Peligra el Estado de Derecho: Congreso aprueba Ley intervencionista contra ONGs". En: Boletín electrónico *Informando Justicia*, edición del 2 de noviembre del 2006. Véase: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2006/noviembre/02/peligra_estado.htm>.

Por lo anterior, la ley resultaba demasiado perjudicial para las posibilidades de desarrollo del país en aquellos ámbitos donde el aparato estatal no está presente para cumplir con su mandato constitucional. Como se sabe, las organizaciones de la sociedad civil que reciben fondos de la cooperación internacional trabajan en aquellas áreas en las que falta mucho por hacer, como las de la defensa de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, el tratamiento de la violencia familiar, la capacitación de líderes de las comunidades campesinas, la capacitación de jueces de paz, el impulso de las propias reformas estatales como la del sistema de justicia, entre otras.⁵⁸ Además, resultaba muy conveniente para los poderes de facto (diferentes del poder de *iure*) y algunos sectores del propio Gobierno que, en el permanente afán de aminorar el impacto del pedido de cuentas, la fiscalización y la transparencia exigidas por las organizaciones conformadas desde la sociedad civil, tener la oportunidad de controlar o dirigir tales esfuerzos ciudadanos. Esto, por un lado, atentaba contra la libertad de decisión de los ciudadanos respecto de hacia dónde dirigir sus esfuerzos y los dineros privados provistos por la cooperación internacional; y, por otro, abría la posibilidad de reducir la fiscalización al Estado, consecuencia de especial gravedad si se tiene en cuenta que

las organizaciones de la sociedad civil han aportado a que los gobiernos de nuestro país no pasen de largo temas estructurales y pendientes como la obligación de investigar, juzgar, sancionar e indemnizar a las víctimas del periodo de la violencia interna, así como la investigación de actos de corrupción en diversos sectores como Justicia, Defensa, etcétera.

Por supuesto, ese empeño político inconstitucional (convertido por las normas materia de este análisis en legal) esgrimió como razones la existencia de ONG que malversan los fondos de la cooperación internacional, así como la supuesta insuficiente fiscalización de la labor de las ONG. En efecto, no se puede negar que, como se dice, "hay ONG y ONG", pero tampoco se puede negar que los medios de fiscalización de la APCI (Agencia Peruana de Cooperación Internacional) sí existían y existen, y que, además, hace ya cierto tiempo que el Gobierno intenta, contra toda razón jurídica, "fiscalizar" a ciertas ONG que trabajan temas muy incómodos para él.

Las disposiciones de la ley en cuestión representaban un grave precedente para la vigencia de la democracia y la libertad de expresión en nuestro país. Hay que recordar que, particularmente para las asociaciones que trabajan en derechos humanos, la ley, tal como fue dada

⁵⁸ La importancia de la participación ciudadana puede entenderse, de forma general, en que "tiene un valor intrínseco, por lo que debe ser promovida", "las diversas instituciones y agentes de desarrollo han de incentivar las prácticas participativas, crear un entorno que la haga atractiva y útil para los ciudadanos" [...], "No solo puede aumentar la eficacia de estas políticas sino también su eficiencia" (en Tanaka, Martín: *Participación popular en políticas sociales: Cuándo puede ser democrática y eficiente y cuándo todo lo contrario*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social/Instituto de Estudio Peruanos (IEP), marzo del 2001. Colección Mínima.

finalmente por el Congreso de la República, significaba un obstáculo para su labor, sumándose a los varios escenarios de dificultad política en que se desenvuelven estas organizaciones de la sociedad civil. En efecto, tales escenarios merecieron un pronunciamiento de la CIDH en su informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas.⁵⁹ En él se señala que la actividad de estos defensores y defensoras pertenecientes a la sociedad civil debe contar con garantías, pues aportan a la construcción de una sociedad democrática.⁶⁰

No debe extrañar, por todo lo anterior, que diversas instituciones y diferentes medios de comunicación se hayan pronunciado contra la "ley anti-ONG", señalando la inconveniencia política y el peligro de inconstitucionalidad que

comportaba. Entre ellas, la Coordinadora de Entidades Extranjeras de Cooperación Internacional; la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; la Asociación Nacional de Centros de Investigación, Promoción Social y Desarrollo (ANC); el Consejo de la Prensa Peruana y el Instituto Prensa y Sociedad. De los medios, cabe destacar a los diarios *El Comercio*, *La República* y *Perú*.²¹ Lo mismo hicieron diversas personalidades de la sociedad civil, quienes, además, resaltaron el juego político que dio como resultado la "ley anti-ONG". Así, el 29 de octubre del 2006 el analista Mirko Lauer escribió en el diario *La República*: "En esta votación –la segunda– del proyecto de ley 27692 es la primera vez que aprismo, fujimorismo y pepecismo aparecen tan íntimamente unidos". Para Alberto Adrianzén:

Lo que quiere el fujimorismo es, simplemente, "despejar el camino" de

⁵⁹ El informe es del 7 de marzo del 2006. En: <<http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>>. De acuerdo con él: "19. El criterio identificador de quién debería ser considerado como defensora o defensor de derechos humanos es *la actividad*. En este sentido, aquellas personas que desde instituciones del Estado tienen funciones relacionadas con la promoción y protección de los derechos humanos y que, en función de dicho trabajo, son víctimas de actos que directa o indirectamente impiden o dificultan sus tareas, deben recibir la misma protección que aquellas personas que desde la sociedad civil trabajan por la defensa de los derechos humanos. Ello, en virtud de que con dichos actos se afecta el goce y disfrute de los derechos humanos de la sociedad en general. Asimismo, la Comisión toma en cuenta que, en general, las funcionarias y funcionarios de entidades tales como Defensorías del Pueblo y del Ciudadano, personerías, procuradurías, fiscalías especializadas en derechos humanos, entre otras, quienes están constantemente trabajando en la verificación del correcto funcionamiento del Estado y el desempeño de las autoridades en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, son más susceptibles a ser víctimas de actos en su contra [...]".

⁶⁰ "20. La Carta Democrática Interamericana reafirma el *carácter esencial de la democracia para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas*, donde el respeto a los derechos humanos es elemento esencial para su existencia. Igualmente, la Carta Democrática resalta *la importancia de la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional para el desarrollo de la democracia. Las defensoras y defensores de derechos humanos, desde distintos sectores de la sociedad civil y, en algunos casos, desde las instituciones estatales, brindan aportes fundamentales para la vigencia y fortalecimiento de las sociedades democráticas*. De allí, que el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático dependa, en gran medida, de las *garantías efectivas y adecuadas que gocen las defensoras y defensores para realizar libremente sus actividades*" (cursivas nuestras).

futuros adversarios, para regresar "limpio" de toda culpa. La derecha representada por UN actúa a favor de [...] los grandes empresarios [a quienes] no les gusta que les digan que destruyen el medio ambiente, que afectan a las comunidades nativas e indígenas, que les pagan poco y mal a sus trabajadores o que pagan pocos impuestos. [...] Al Apra tampoco le gusta el pensamiento progresista. Es demasiada competencia intelectual para un partido que se ha movido entre la mediocridad y la medianía. [...] esta ley, que viola el derecho de libre asociación, es un retroceso evidente en la salud democrática de la República (*La República*, 28 de octubre del 2006).⁶¹

A pesar de los varios pronunciamientos y declaraciones, así como de los cuestionamientos de miembros de la Comisión Consultiva de la Comisión de Constitución del Congreso de la República desde los inicios del proyecto de ley, la norma fue publicada en el diario *El Peruano*.

La actuación del Tribunal Constitucional

La respuesta del TC fue contundente: la "ley anti-ONG" era inconstitucional parcialmente, justo en la parte normativa que daba cabida al intervencionismo del Estado.⁶²

Finalmente, el supremo intérprete de la Constitución concluye que es inconstitucional, por un lado, *el artículo 1° de la Ley N° 28925*, en el extremo que establece: "[...] *así como la ejecución del gasto que realizan con los recursos de cooperación internacional privada*", por cuanto no son fondos públicos; y de otro, *el inciso d) del artículo 22° de la Ley N° 27692*, adicionado por el artículo 9° de la Ley N.° 28925, en el sentido que establece que "La APCI impone, según la gravedad de la infracción cometida, las sanciones siguientes: [...]" *d) Cancelación de la inscripción en los Registros referidos en el literal m) del artículo 4° de la presente Ley*", con el párrafo siguiente "El directivo, administrador, asesor, representante legal o apoderado de la entidad a quien se le ha cancelado la inscripción en los Registros aludidos, no podrá participar directa o indirectamente en otra entidad ejecutora de cooperación internacional, por el plazo de cinco (5) años", por cuanto *una asociación sólo puede ser "cancelada" por sentencia judicial*. Asimismo, el TC declara infundada en lo demás que contiene dichas demandas de inconstitucionalidad" (Nota de prensa del Tribunal Constitucional

⁶¹ "Contra la aprobación en segunda votación de ley anti ONGS". Ideemail N° 510, 31 de octubre del 2006.

⁶² Es preciso señalar que el TC, de acuerdo con la presunción de la constitucionalidad de las leyes y recordando la legitimidad de las sentencias interpretativas, y a fin de evitar un daño mayor con la declaratoria de inconstitucionalidad de toda la ley cuestionada, señaló cómo se debían entender diversos artículos de ellas. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, justamente, el Tribunal señaló inconstitucionales los puntos de cuestionamientos centrales de la ley, al no existir interpretación alguna que las salvara de la inconstitucionalidad, lo que evidencia su eminente contradicción con la Carta Magna.

N° 074-2007-OII/TC⁶³ (cursivas nuestras).

Como se señaló en su momento, el punto central era el cuestionamiento siguiente:

¿Un órgano administrativo, nombrado por y subordinado al Gobierno, como es la APCI, integrado por funcionarios también nombrados y subordinados al Gobierno, puede tener el poder de decidir qué ONGs pueden existir legalmente y cuáles no, a través de si se acepta o no su inscripción, o si las sanciona, retirándoles dicha inscripción? Poder que, de acuerdo a la ley, se ejercería, además, en base a fórmulas genéricas, que por lo mismo se pueden prestar a todo tipo de interpretaciones y, por tanto, de arbitrariedad. Y, por lo demás, sin distinguir para nada el ámbito de las relaciones privadas de las que se derivan de un vínculo entre estados, o entre las ONGs que gozan de beneficios tributarios de las que no.⁶⁴

Con la decisión del TC, el intervencionismo estatal es descartado como finalidad de la norma.

Por otro lado, es importante señalar otros puntos que el TC aprovecha para desarrollar en su sentencia con ocasión del caso presentado: temas como el principio de la inexistencia de "zonas"

exentas de control de constitucionalidad (fj. 22); la aplicación del *test de igualdad* (con el fin de conocer si el principio de igualdad es vulnerado con la disposición examinada) (fj. 19-25); el fundamento y la legitimidad de la sentencia interpretativa (fj. 13-17); y los principios constitucionales de publicidad, transparencia y la proscripción de la corrupción (fj. 48-58).

Resulta de sumo interés advertir cómo el TC utiliza la ocasión para definir la relación entre el Estado y la sociedad civil. Y aunque no cabe la menor duda de que esta es una relación de naturaleza conflictiva, en virtud de que la sociedad civil fiscaliza al Estado y le exige el cumplimiento de sus deberes, es preciso poner coto a todo intento, de uno y otro lado, de eliminar al otro (por ejemplo, el supuesto del "control" estatal de las actividades de las organizaciones de la sociedad civil, consecuencia práctica de la llamada "ley anti-ONG"). En un Estado democrático corresponde a la sociedad civil un papel fundamental, pues hace efectiva la democracia, contribuye en la búsqueda del bienestar nacional en tanto sirve de complemento al Estado cuando este no ejerce adecuadamente sus funciones, y aporta en el avance de la justicia en temas relacionados con los derechos humanos por medio de la denuncia y la fiscalización de las

⁶³ "TC declara fundada en parte demandas de inconstitucionalidad contra la ley de las ONGs". Nota de prensa 074-2007-OII/TC del TC, 7 de setiembre del 2007. En: <http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/nota_07_074.html>.

⁶⁴ "Sentencia del TC contra "ley anti-ONG": Triunfo democrático y del Estado de Derecho". Justicia Viva mail N° 0322, 12 de setiembre del 2007. En: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0322.htm>>.

reparaciones, tema por lo general políticamente difícil:

1. *Han sido intensos los debates sobre el surgimiento de la "sociedad civil" y su capacidad potencial de cooperar con el Estado proporcionando, en algunos casos, medidas correctivas pertinentes ante el déficit de la gestión con medios propios de los poderes públicos. Lo cual revela la importancia social de este poder cívico, y en particular las implicancias de la relación simbiótica con el poder público.*

4. [...] han demostrado su poder colectivo para establecer programas (no sólo influir en ellos), así como de cooperar con las posiciones de los encargados de formular las políticas. Pues bien, *como ventajas de esta forma de gestión se encuentran la disminución de costes y la mayor flexibilidad operativa. [...]*

5. Para fines del análisis a realizar por este Colegiado, son de especial interés los agentes denominados en sentido lato como ONG's. *Es decir,*

aquellas organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto servir a los intereses públicos aludidos mediante la prestación de servicios específicos. Son mayoritariamente organizaciones de afiliados que comparten diversos intereses sociales. Entre otros ejemplos, cabe citar las organizaciones que se ocupan del medio ambiente, el desarrollo, los derechos humanos, los derechos de la mujer y los niños, la transparencia electoral, la lucha contra la corrupción, las organizaciones no gubernamentales de voluntarios, las asociaciones y cooperativas de consumidores, etc.

En nuestro país, diversos resultados consagran la importancia de las ONG's, en tanto agentes de la sociedad civil y partes interesadas fundamentales para que el desarrollo sea sostenible, no exentas del debate público" (sentencia del Tribunal Constitucional, expedientes 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, acumulados) (cursivas nuestras).

La "nulidad de todo lo actuado" como vulneración del derecho a un juicio en plazo razonable

César Bazán Seminario (*)

La temida frase "vuélvase a foja cero" encuentra en el TC un rival de polendas. En este artículo analizaremos uno de los frenos planteados por el TC a la práctica judicial de ordenar en sede casatoria la nulidad de todo un proceso luego de varios años de litigio y condenar al justiciable a recorrer nuevamente cada una de las etapas del juicio. Nos referimos a aquello que comúnmente se denomina "la nulidad de todo lo actuado". Se trata de la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal el 19 de junio del 2007 en el expediente signado con el número 07022-2006-AA, un proceso de amparo en el que Edgardo García Ataucuri y más de ochocientos trabajadores jubilados de Southern Peru Limited (Southern) cuestionan la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, que ordena la nulidad del proceso civil del que son parte, por un problema de competencia (léase, que los jueces correspondientes eran los laborales y no los civiles).

Los hechos

El proceso de amparo, cuya sentencia es materia de análisis, parece estar acompañado por dos juicios más: el civil, que culmina con la decisión de la Corte Suprema de anular "todo lo actuado" por un vicio de competencia; y el laboral, iniciado tras la nulidad dictada por la Corte Suprema. A continuación narraremos los tres de manera sintética.⁶⁵

El proceso civil

De acuerdo con informes de la empresa minera, Southern fue notificada con la demanda civil en abril de 1996. La pretensión planteada por los trabajadores solicitantes implicaba la entrega por la compañía de 38'763.806,80 acciones (o S/.3.876'380.679,56) más dividendos, a partir de lo dispuesto por la ley 22333 de noviembre de 1978 y sus modificatorias durante los gobiernos siguientes.

Continúa en la pág. 58

(*) El presente artículo fue elaborado con la cercana colaboración de Andrea Villavicencio Morales, a quien el autor agradece su participación.

⁶⁵ Hemos elaborado esta sección teniendo en cuenta la resolución bajo comentario, recaída en el expediente 07022-2006-AA, el Informe Anual 2006 del Grupo México, el Informe Trimestral de Southern Cooper Corporation para la Comisión de Títulos Valores y Bolsas (Washington, D. C., segundo trimestre del 2006) y las noticias aparecidas en los diversos medios de comunicación.

Principales hechos

Enero-Marzo

19/1

Eligen a la Comisión Evaluadora de postulantes al Tribunal Constitucional (TC). Integrantes: Aurelio Pastor (Presidente), Luis Falla, Freddy Otárola, Raúl Castro, Víctor Sousa y Yonhy Lescano.

23/2

Vence el plazo para la presentación de postulantes al TC. Se elegirán 4 magistrados.

27/2

Según la STC-133-2006-AA, los magistrados no ratificados podrán volver a postular tanto para el Poder Judicial como para el Ministerio Público. Esta sentencia sienta precedente vinculante.

28/2

Se presentó la lista final de 72 candidatos al TC. La Comisión Evaluadora explicó los criterios de evaluación de las hojas de vida de los postulantes.

14/3

TC declaró infundada la propuesta presentada por 33 congresistas que sugería inmunidad parlamentaria absoluta.

22/3

TC declaró fundado el conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial (Casino de Juego y Máquinas Tragamonedas). Los fiscalizadores del MINCETUR podrán comenzar a cerrar aquellos locales que no se hayan formalizado (STC 0006-2006-CC/TC). Se aplicó el Recurso de Agravio Constitucional Excepcional.

23/3

Mediante STC 2700-2006-HC/TC se niega el traslado de Víctor Polay Campos a otro centro penitenciario y se declara fundada la demanda del derecho a la libertad religiosa.

28/3

Carlos Chipoco y Luis Alberto Salinas fueron eliminados por la Comisión Evaluadora de postulantes al TC (por haber sido declarado insolvente y no haber renunciado al cargo de magistrado en el Cono Norte de Lima, respectivamente).

Abril-Junio

16/4

Alegría Campos y Heriberto Benítez renunciaron como candidatos al TC.

22/4

Mediante la STC 4853-2004-AA se precisan las reglas sustanciales y procesales del precedente vinculante en la aplicación del Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio Constitucional.

24/4

La sentencia N° 09381-2005-AA/TC sienta precedente vinculante en referencia a que en la ONP se puede reconocer los aportes al Sistema Nacional de Pensiones.

25/4

Se declara infundada la pretensión de Martín Rivas relativa a dejar sin efecto las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar. Mediante ellas, y en cumplimiento de las leyes de amnistía, se anuló la resolución que indicaba archivar los hechos investigados en el fuero militar (STC 00679-2005-AA).

4/5

El TC se pronunció favorablemente acerca de la desafiliación a las AFP, siempre que el motivo sea la falta de información o insuficiencia de la misma. Mediante la sentencia N° 07281-2006-AA/TC se sienta el precedente de dicho tema.

22/5

El TC sentó precedente vinculante y determinó los presupuestos respecto a la procedencia del "Amparo contra Amparo" mediante la sentencia N° 04853-2004-AA/TC.

9/6

En el TC: Acaba el mandato de Javier Alva Orlandini, Magdiel Gonzales, Juan Bardeli y Víctor García Toma.

13/6

Fueron elegidos los 4 nuevos miembros del TC (de un total de 7), los electos fueron Javier Ríos, Luis Alarcón, Vladimir Paz de la Barra y Gerardo Eto.

hechos del 2007

14/6

Javier Ríos Castillo renuncia como magistrado electo del TC, por haber sido fotografiado con personajes relacionados a Vladimiro Montesinos y que habían sido procesados por corrupción.

18/6

La junta de portavoces del Congreso decidió anular la elección de magistrados del TC y señaló que la siguiente elección deberá regirse por la meritocracia.

19/6

Se publicó en la web del TC la Sentencia que recae en el expediente N° 00007-2007-PI/TC, la cual trata la revisabilidad de las sentencias del JNE por el TC ya que la aparente literalidad con la que el JNE interpreta las normas hace necesario que tengan un control constitucional.

20/6

El TC declaró inconstitucional la ley 28642 (Ley que modificaba el Código Procesal Constitucional) la cual impedía que los fallos del JNE sean revisados.

29/6

Se publica en *El Peruano* el nombramiento de Ricardo Beaumont como magistrado del TC (Res. Leg. N° 006-2006-CR). Salió electo con 101 votos.

30/6

Carlos Ramos Núñez, Ernesto Blume Fortini y Gerardo Eto Cruz, quienes quedaron en los primeros puestos –en las entrevistas– entre los candidatos para ser magistrados del TC, anunciaron que se retirarían del proceso de selección.

Julio-Setiembre

4/7

En la STC 5637-2006-PA se trata el tema de empresas privadas de cobranza (en particular se habla de COAXSA, empresa que pertenece a Ripley). El TC sentó un precedente vinculante mediante la presente y, de esta manera, queda prohibido realizar dicha labor si se amenaza el derecho al honor de las personas a quienes se les cobra.

5/7

Blume y Ramos renunciaron oficialmente a la candidatura para ser electos como magistrados del TC.

4/9

El TC realizó una audiencia sobre la Justicia Militar -ley N° 28934- que fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados de Lambayeque.

8/9

Se publica en *El Peruano* el nombramiento de los tres magistrados del TC restantes: Gerardo Eto Cruz, Ernesto Julio Álvarez Miranda y Fernando Alberto Calle Hayen (Res. Leg. N° 007-2007-CR). La terna tuvo el apoyo de 96 votos.

8/9

El TC declaró inconstitucional la fiscalización de las ONGs por parte de APCI cuando se trate de donaciones recibidas. (ST N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados)).

19/9

Juramentaron los tres nuevos magistrados del TC.

Octubre-Diciembre

5/10

El TC resolvió a favor de los trabajadores que aportaron al Fonavi, de esta manera se decidió realizar un referéndum para evaluar la posibilidad de la devolución del dinero mediante la elaboración de un proyecto de ley (Exp. N° 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC).

17/11

El TC desestimó el pedido del Ministerio de Economía y Finanzas para impedir el referéndum relativo al caso Fonavi (Exp. N° 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC).

21/11

El TC envió al PJ -para su ejecución- sentencias en las cuales se pronuncia a favor de la realización del referéndum de fonavistas.

26/12

El TC se pronunció respecto a la resolución del JNE en la que deja sin efecto el referéndum. Al respecto sugirió que dicha resolución quedara sin efecto.

La demanda, tramitada como proceso de conocimiento en el fuero civil, fue declarada fundada el 22 de diciembre de 1999, en primera instancia. La empresa minera apeló tal decisión, y el 21 de setiembre del 2000 la Corte Superior confirmó lo fallado anteriormente. De ese modo, la Southern planteó recurso de casación alegando las tres causales posibles, la indebida aplicación e interpretación del derecho material y la vulneración de normas procesales, sin cuestionar la competencia civil establecida desde el inicio del proceso.

El 19 de setiembre del 2001 la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema declaró fundada la casación (920-2001), "anuló todo lo actuado" y ordenó que se remita la demanda a un juzgado laboral, puesto que el conflicto era de esa naturaleza, y no civil.

El proceso laboral

Según los informes de la empresa minera, los demandantes del proceso civil y otros ex trabajadores (958 recurrentes en total) reformularon la demanda del proceso anulado por la Corte Suprema para adecuarla a las normas laborales el 8 de marzo del 2002. En enero del 2005, un juez laboral habría desestimado las pretensiones, por lo que los trabajadores apelaron. Sin embargo, tal apelación habría sido rechazada en marzo del mismo año por problemas formales.

El proceso constitucional

Pocos meses antes de iniciar el proceso laboral, el 5 de diciembre del 2001, los

demandantes plantearon una demanda de amparo con la finalidad de cuestionar la resolución de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema del 19 de setiembre de ese mismo año, que anuló el juicio civil y ordenó llevar el caso al fuero laboral. Se alega la vulneración del principio de congruencia, la razonabilidad de las resoluciones judiciales y un exceso en la utilización del principio *iura novit curia*, puesto que en la casación no se solicitó ningún análisis sobre la competencia.

El 27 de julio del 2005 la Corte Superior de Lima declaró infundada la demanda porque, a su parecer, se buscaba cuestionar el criterio jurisprudencial de la Sala Constitucional y Social. Ante la apelación planteada por los demandantes, en grado se confirmó el fallo de primera instancia, y así el caso 'subió' al TC mediante el recurso de agravio correspondiente.

En su sentencia del 19 de junio del 2007 (expediente 07022-2006-PA), el TC revocó y declaró fundada la demanda, anulando el fallo de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema del 19 de setiembre del 2001, debido a que se vulneró el principio de congruencia y se cometió un exceso al aplicar el principio *iura novit curia* en sede casatoria. Además, el TC indica que, no obstante que la decisión de la sala se apoyó en fines lícitos, "la nulidad de todo lo actuado" no supera un examen de proporcionalidad en sentido estricto, si se toman en cuenta las características de la controversia y la falta de cuestionamiento de las partes respecto de la competencia. Como resultado, la

sentencia casatoria vulneró el deber de motivación -en cuanto al principio de congruencia- y el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, pues a la fecha de la sentencia de la Corte habían transcurrido cinco años de iniciado el proceso civil y diez desde el momento en que el TC resolvió.

Análisis jurídico

La "nulidad de todo lo actuado" como medida irrazonable en sede casatoria

La facultad nulificante de la Corte Suprema por vicio referido a la competencia y el derecho al juez predeterminado por ley

El primer punto que queremos abordar en el análisis jurídico de la sentencia del TC es la facultad de la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema para anular el proceso civil al advertir un vicio por incompetencia material, es decir, al determinar que el conflicto es de naturaleza laboral y, por lo tanto, que el juez y la Sala Civil de la Corte Superior no fueron competentes para tramitar y resolver el caso.

Como es sabido, las reglas de competencia (y su cumplimiento) están íntimamente vinculadas al derecho constitucional a gozar de un juez predeterminado por

ley,⁶⁶ derecho que implica no solo no ser juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción, sino que la competencia del juez ordinario sea fijada por ley orgánica de manera objetiva con anterioridad al juzgamiento del caso (véase, por ejemplo, el fundamento jurídico 3 de la sentencia recaída en el expediente signado con el número 1013-2003-HC/TC). En palabras claras, el respeto de las reglas de competencia tiene un respaldo constitucional inconcluso en el derecho a contar con un juez predeterminado por ley.

Por esta razón, y habida cuenta que la competencia es la aptitud que tiene un órgano jurisdiccional para ejercer válidamente la función jurisdiccional en un determinado ámbito, la falta de tal aptitud difícilmente puede generar un proceso debido. No en vano la competencia se encuentra entre los presupuestos procesales, es decir, entre los elementos necesarios para contar con una relación procesal correctamente entablada (léase válida).

Así, el respeto de las reglas de competencia goza de una importancia tal que resulta claro para la normatividad procesal civil vigente que el órgano jurisdiccional puede declarar de oficio nulidades procesales que tengan que ver con la incompetencia del juez en

⁶⁶ El artículo 139.º 3, de la Constitución señala:

"139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. [...]

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

cualquier estado del proceso, incluso en sede casatoria.

En ese sentido, el artículo 35.º del Código Procesal Civil (CPC) señala: "*La incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, turno y territorio, esta última cuando es improrrogable, se declarara de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción*" (cursivas nuestras).

El referido artículo del CPC habilita pues a la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema para que, en el proceso civil iniciado por los ex trabajadores de la Southern, declare de oficio la incompetencia por razón de materia y, por lo tanto, anule todo aquello que se encuentre invalidado por este vicio primigenio.

Ahora bien, admitir que la sala de la Corte Suprema contaba con esta potestad nulificante nos lleva a consentir una cuestión adicional: en la medida en que la declaratoria de nulidad es una atribución del órgano jurisdiccional que será ejercida de oficio, no se requiere que las partes hayan denunciado la incompetencia para que esta pueda ser cuestionada por la Corte. O, lo que es lo mismo: a pesar de su falta de inclusión como causal de casación, la Sala estaba habilitada para pronunciarse sobre la competencia, por lo que no incurrió en incongruencia ni en un exceso en la utilización del principio *iura novit curia*, como lo considera el TC.

En efecto, toda vez que la Sala Constitucional y Social de la Corte

Suprema tenía entre sus facultades la potestad de anular el proceso por un vicio de competencia, no estamos ante un problema de congruencia ni ante un exceso en el uso del principio *iura novit curia*, a pesar de que las partes no lo hayan solicitado en el recurso de casación.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Sin embargo, a pesar de que la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema tenía la potestad de "anular todo lo actuado" por un vicio en un presupuesto procesal como la competencia, es válido analizar otras consideraciones, puesto que en este caso pareciera estar en juego otro derecho sumamente relevante.

El propio Tribunal señala que: "[...] se debe tener en cuenta que los fines perseguidos por la Corte Suprema eran lícitos y que ésta consideró que la declaración de nulidad de todo lo actuado constituía una medida idónea y necesaria para garantizar el cumplimiento de los mismos" (fundamento jurídico 17).

Este interés en juego, tutelado mediante el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o un proceso en plazo razonable, se ve severamente mellado por la sentencia de casación 920-2001 dictada el 19 de setiembre del 2001. Efectivamente, desde la notificación de la demanda civil en abril de 1996 hasta el fallo en última instancia han transcurrido cinco años y cinco meses aproximadamente. En vista de "la nulidad de todo lo actuado", ese proceso vuelve otra vez al inicio, de modo tal que al quinquenio ya sumado deberá

aumentársele otra cantidad de tiempo considerable.

A pesar de que nuestra Constitución no señala explícitamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en virtud de la cláusula de derechos implícitos (artículo 3.º) y la interpretación de la norma fundamental conforme a los tratados de derechos humanos y la lectura que de ellos hacen los órganos competentes (4.ª disposición final y transitoria de la Constitución), no queda duda de que aquel pertenece a nuestro sistema jurídico.

El artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica con claridad que:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (cursivas nuestras).

En esa línea, son varias las sentencias de la CoIDH en las que se desarrolla este derecho. Tenemos, por ejemplo, los casos Genie Lacayo vs. Nicaragua (sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de enero de 1997), Suárez Romero (sentencia del 12 de noviembre de 1997) y Blake (sentencia del 24 de enero de 1998), entre otros.

A partir de ellos, la CoIDH acude a los criterios utilizados por la Corte Europea

de Derechos Humanos para bosquejar los elementos que nos permitan advertir una vulneración del derecho a ser juzgado en plazo razonable. En ese sentido, son tres los parámetros esbozados y a los que se suma posteriormente un cuarto: a) la complejidad jurídica y material del caso; b) el comportamiento de las partes; y, c) el comportamiento de las autoridades judiciales. El que se suma luego, adicional y objetivo, es la duración del proceso.

Como bien se indica en la sentencia que comentamos, el TC ha desarrollado con anterioridad este derecho, en resoluciones dictadas en expedientes signados con los números 0549-2004-HC, 05291-2005-HC, 0618-2005-HC, entre otros. Precisamente, de esta última sentencia traemos a colación las definiciones operativas propuestas por el TC:

12. Este Colegiado, en relación con la complejidad del asunto, ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que "[p]ara su valoración, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculcados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

13. En cuanto a la actividad procesal del interesado, se ha subrayado que:

"[r]esulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista, caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado".

14. Finalmente, con relación a la actuación de los órganos judiciales: "[s]erá materia de evaluación el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista, en ningún momento, el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad [...]".

Por otra parte, a guisa de ejemplo del criterio adicional, citamos el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* resuelto por la CoIDH y anteriormente referido, en el cual se consideró que el transcurso de cinco años en un proceso penal sin sentencia firme rebasa los límites de razonabilidad previstos en el artículo 8.º, 1, de la Convención.

El juicio de razonabilidad en el caso concreto

Como lo hemos adelantado, la Sala de la Corte Suprema tenía la potestad de declarar "nulo todo lo actuado" debido a un vicio de competencia con el fin de reparar una lesión del derecho al juez predeterminado por ley. Sin embargo, esta medida colisiona con el derecho fundamental a contar con un proceso en plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Por ello, corresponde realizar un examen de razonabilidad con el propósito de evaluar si esta actuación -que por cierto es una práctica recurrente a este nivel- es constitucional. De ese modo, siguiendo a Cianciardo buscaremos analizar si estamos ante una medida adecuada o idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.⁶⁷

En cuanto a lo primero, no cabe duda de que la opción por "anular todo lo actuado" busca alcanzar el fin de tutelar el derecho fundamental al juez predeterminado por ley, que se manifiesta en el respeto de las reglas de competencia. Asimismo, la decisión de la Corte Suprema logra su objetivo, puesto que es adecuada para alcanzar tal fin.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de la medida hallamos un problema, ya que existen alternativas menos gravosas que la asumida por la Sala Constitucional y Social Transitoria. Desde nuestro punto de vista, aquí se encuentra el meollo del asunto. La opción de "anular todo lo actuado" no es la única posible para

⁶⁷ Cianciardo, Juan: *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2004.

tutelar el derecho al juez predeterminado por ley, existen otras que se condicen con el derecho a un proceso en plazo razonable y con el rol de un juez activo protector de derechos fundamentales.

Por lo pronto, debe quedar explicado de manera clara que la decisión de la Corte Suprema de "anular todo lo actuado" es sumamente gravosa, pues tiró abajo el proceso seguido por ex trabajadores de la Southern, quienes litigaron ese caso durante más de un quinquenio. Indolentemente, la Sala Constitucional y Social Transitoria condenó a los justiciables a reiniciar el proceso en el que ya llevaban cinco años y cinco meses, es decir, melló sobremanera el derecho a que su conflicto sea resuelto en un plazo razonable.

Una medida diferente de esta decisión, que hubiera podido resultar menos gravosa, hubiera sido la anulación de los actos realizados ante los jueces civiles, siempre y cuando no puedan ser convalidados por el juez laboral correspondiente. Es decir, que todos los actos procesales formulados en el juicio civil puedan ser convalidados por el juez laboral, para no repetir lo ya hecho y caminar sobre lo andado con antelación. De ese modo el magistrado laboral, cumpliendo con analizar qué actuaciones desarrolladas en el proceso de conocimiento le son útiles y convalidándolas, podría ahorrar una cuota importante de tiempo y juzgar el caso de manera célere, con una restricción menos gravosa del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Regresemos a la sentencia recaída en el expediente 07022-2006-AA. Al respecto,

no queda más que compartir parcialmente la opinión del TC en el caso que estamos analizando, en el sentido de que si bien "la nulidad de todo lo actuado" cuenta con fines lícitos y se trata de un medio idóneo para tutelar el derecho a un juez predeterminado por ley y las reglas de competencia, tal decisión no supera el examen de razonabilidad en todos sus componentes, habida cuenta que desatendió en gran medida el derecho a un proceso en plazo razonable o sin dilaciones indebidas, que se lesiona al obligar a los justiciables a iniciar el proceso nuevamente tras más de un quinquenio de litigio.

Un aspecto controversial: la probable sustracción de la materia

Aunque estamos parcialmente de acuerdo con lo resuelto por el TC, si fuera cierto que luego del proceso civil se inició un juicio laboral y este concluyó resolviendo el conflicto -como se deriva de la información recabada de la empresa minera y el Grupo México-, la sentencia del máximo intérprete de la Constitución no tendría sentido para la resolución del caso concreto. Nos explicamos.

El proceso constitucional de amparo iniciado en diciembre del 2001 tenía por finalidad reparar la demora ocasionada por la Corte Suprema en la resolución del conflicto de los ochocientos ex trabajadores de la Southern. Este conflicto (la falta de entrega de las acciones y sus devengados) habría sido resuelto en marzo del 2005, mediante la culminación del proceso laboral. De ese modo, habría operado la sustracción de

la materia, y así, para el caso concreto, el pronunciamiento del TC de junio del 2007 carecería de sentido.

En efecto, según los informes de la Southern y el Grupo México, en marzo del 2005 se habría rechazado, por problemas procesales, la apelación de los ex trabajadores que reclamaban ante el fuero laboral las pretensiones que dieron origen al proceso civil anulado. De ese modo podría haber culminado el conflicto que dio origen al juicio civil a inicios de 1996.

Si así fuera, la sentencia del TC en el proceso de amparo que buscaba tutelar el derecho a contar con juicio en un plazo razonable no podría cumplir el objetivo de evitar la lesión a este derecho, puesto que el proceso ya habría concluido. Dicho de otro modo, tras resolverse el caso en el fuero laboral en marzo del 2005, devino imposible cesar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas mediante una sentencia de amparo que sería dictada apenas en junio del 2007 por el Tribunal.

Conclusiones

1. La relevancia de la sentencia 07022-2006-AA para el sistema de justicia radica en que busca poner freno a una práctica poco adecuada: ordenar "la nulidad de todo lo actuado", que se

realiza incluso en sede casatoria, y que condena al justiciable a litigar por largos años en busca de justicia.

2. Sobre el caso concreto podemos decir:
 - a. La Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema cuenta con la facultad de anular, aun en sede casatoria, los procesos que adolecen de vicios relacionados con la competencia, que implican una lesión al derecho de contar con un juez predeterminado por ley.
 - b. A pesar de esta facultad de la Corte Suprema, es importante contraponerla con el derecho a gozar de un proceso en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.
 - c. Al haber transcurrido más de cinco años desde el inicio del juicio, "la nulidad de todo lo actuado" implica una vulneración irrazonable del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto que condena al justiciable a iniciar nuevamente el litigio y adicionar al quinquenio ya avanzado el tiempo que dure el nuevo proceso. Por ello, la decisión de la Corte Suprema no supera el examen de razonabilidad, en la medida en que existen medios menos gravosos para alcanzar su finalidad lícita.

La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional: Batalla entre el juego político, la publicidad y los méritos

Cruz Silva Del Carpio

El 2007 fue para el TC una piedra de toque; y no era para menos. El término del periodo jurisdiccional de cinco años de cuatro de sus miembros⁶⁸ significó prácticamente la conformación de un nuevo Tribunal y, con ello, la expectativa de que los nuevos magistrados continúen la línea jurisdiccional de defensa de los derechos humanos construida por el grupo de sus antecesores. Una tarea nada fácil e incluso peligrosa, porque el TC que llegó a inicios del año pasado era, en general, autor de fallos que podemos llamar "a contracorriente", porque significaron una apuesta por la democracia y la defensa de los derechos humanos ante tradicionales actores de poder de *iure* y de *facto*,⁶⁹ en una sociedad en la que la cultura constitucional no está institucionalizada.

Si a ello sumamos que la elección de los magistrados del máximo intérprete de la Constitución no ha sido por lo general pacífica en nuestro país,⁷⁰ y que integrantes del órgano constitucionalmente responsable de la elección (el Congreso de la República) habían cuestionado al Tribunal a pesar de su labor de defensa de la institucionalidad democrática –por lo que incluso se planteaba la reducción de sus facultades de interpretación o hasta su desaparición–, se podía haber previsto, sin riesgo de equivocarse, que la oportunidad de ‘armar’ un nuevo TC a la medida de intereses no legítimos estaba quedando servida. Y si bien es cierto que la elección de los magistrados del TC debe tener en cuenta la satisfacción de criterios objetivos de mérito y requisitos de conducta personal y profesional intachable, la realidad decía que el intrínseco factor

⁶⁸ Los magistrados de TC que terminaron su período en el 2007 fueron: Javier Alva Orlandini, Juan Bardelli Lartirigoyen, Magdiel Gonzales Ojeda y Víctor García Toma.

⁶⁹ Entre tales casos se pueden mencionar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 28568 (Caso "Ley Wolfenson"), los fallos de inconstitucionalidad de las diversas normas que pretendieron regular la justicia militar, etcétera.

⁷⁰ Sobre el particular, puede consultarse Landa Arroyo, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 2.ª edición. Lima: Editorial Palestra, 2003. En relación con el procedimiento de elección predecesora a la del 2007, en la que salió elegido el magistrado Carlos Mesía, y si bien el éxito de la elección depende del análisis posterior de las resoluciones de los elegidos, puede consultarse "La importancia de elegir bien a los magistrados del Tribunal Constitucional", en Consorcio Justicia Viva: *El Tribunal Constitucional y el Sistema de Justicia: Balance del año 2006*. Lima: Consorcio Justicia Viva, marzo del 2007, pp. 27-30.

político de la elección podría desbordarse y pasar por alto los requisitos anteriores (previa prescindencia de la transparencia en el proceso de elección).

Lo sucedido en el 2007

Habida cuenta de la importancia de esta elección, algunos de los sectores de la sociedad civil -por ejemplo, los medios de prensa e instituciones como el Consorcio Justicia Viva- pusieron especial atención en el procedimiento, con la premisa de que su publicidad y el conocimiento real de quiénes eran los que postulaban al cargo constituían la clave del éxito de la selección. Lamentablemente, el Congreso de la República no aprendió -o no quiso aprender- de los errores de elecciones pasadas; peor aun, hizo de esta una de las más controvertidas y escandalosas de los últimos años, lo que produjo que otros actores de la sociedad, como representantes de los empresarios, de las universidades y académicos, se unieran al rechazo público de la forma como se estaba llevando el proceso.⁷¹ Dados pues tantos cuestionamientos, lo más saludable era iniciar todo de cero, volver a convocar. La Comisión Especial de Selección de los magistrados al TC, presidida por el congresista del APRA Aurelio Pastor, que en un primer momento ofreció la más

oportuna transparencia, había perdido la confianza.

Finalmente, luego de constantes pedidos de publicidad y orden; una vez que el azar y la toma de una controvertida fotografía a Javier Ríos Castillo en compañía de procesados por corrupción resolvieran la eliminación de su elección; después de que fuéramos testigos de la renuncia de postulantes con buenas calificaciones obtenidas en el procedimiento, en medio de las idas y venidas del (des)acuerdo político; y, por último, luego de que la sociedad civil siguiera presionando por la transparencia, el Congreso eligió a los tres magistrados faltantes.⁷² Baste añadir, para terminar este apretado recuento de los hechos, que, como resultado de la fiscalización y de la exigencia de los méritos, y sin descartar los esfuerzos políticos que sin duda jugaron su propio partido, los magistrados electos no fueron los más cuestionados y, por el contrario, resultaron avalados por, en términos generales, buenos antecedentes académicos (en el futuro, solo el contenido de sus fallos hablará del éxito de la elección).

En cuanto a su contenido, el proceso eleccionario que comentamos puso en evidencia la lucha entre lo político, la publicidad y los méritos de los

⁷¹ En efecto, los cuestionamientos por la falta de transparencia y seriedad en un proceso tan importante como la elección de magistrados constitucionales del 2007 hicieron que los reclamos no se hicieran esperar desde diversos frentes: la prensa, la sociedad civil, sociólogos y académicos, instituciones como la Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), incluso del Presidente del Tribunal Constitucional, César Landa; el presidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep), Jaime Cáceres Sayán; la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Un resumen de las manifestaciones públicas por la transparencia en el procedimiento de selección puede ubicarlas en: <http://www.justiciaviva.org.pe/eleccion4.htm#otros_articulos>.

⁷² Como se recordará, ya había sido elegido el postulante Beaumont Callirgos.

postulantes. Hubo temas interesantes sobre los que es preciso reflexionar más; algunos ya viejos como el del perfil de los candidatos, pero también otros distintos: la necesidad de que las mujeres puedan acceder a tan alto cargo de la magistratura; en relación con la publicidad del proceso, cuándo –y cuándo no– se justifica la reserva de las entrevistas con los candidatos, si los congresistas deben votar candidato por candidato o por listas, la necesidad de conocer a los candidatos más allá de lo señalado en el currículo; hasta datos como, por ejemplo, a quiénes otorgaron defensa; o si es o no discriminatorio desalentar la postulación de personas que hayan defendido regímenes autoritarios.

Los postulantes

¿Quiénes aspiraron a ser magistrados del TC? Un análisis de la lista de los 72 postulantes iniciales arroja un balance negativo.⁷³ ¿Problema estructural? Las causas no solo pasan por los vacíos en la educación legal (sobre todo en materia constitucional y derechos humanos), sino que conciernen también a los casos que defendieron (muchas veces cuestionables), asunto que no puede ser dejado de lado si se considera lo que estaba en juego. Sin embargo, también hubo postulantes que, por su calidad académica, su trayectoria profesional y ética y su probada defensa del sistema democrático y los derechos

humanos, merecían con creces el cargo (la preocupación era si alcanzaban a sumar los cuatro puestos necesitados). Algunos de los cuestionamientos que se encontraron a la mayoría de los postulantes fueron:

- No han tenido absolutamente nada que ver con materia constitucional o especialidades afines.
- No tienen el nivel, en términos de trayectoria, experiencia y reconocimiento para ser, ya, miembros del TC.
- Carecen de trayectoria democrática, por haber estado vinculados a medidas o hechos ocurridos durante los años de Fujimori y Montesinos.
- Son abogados conocidos en el ambiente profesional, por el tipo de casos que suelen patrocinar, como aquellos que han "defendido lo indefendible",⁷⁴ desde el punto de vista ético y jurídico, sea ante el Poder Judicial, el propio TC o la opinión pública.

El encargo de examinar y de ir dejando en el camino a los postulantes que no "daban la talla" para el cargo recayó en la Comisión Especial de Selección del Congreso de la República. Al principio la Comisión, presidida por el congresista Aurelio Pastor, ofreció un procedimiento a la medida de las circunstancias, promesa luego incumplida repeti-

⁷³ Sobre el particular, se puede consultar De la Jara Basombrío, Ernesto: "Los postulantes al Tribunal Constitucional", en boletín electrónico *Informando Justicia*, edición del 1 de marzo del 2007. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/marzo/01/los_postulantes.htm>.

⁷⁴ Por supuesto, esta aseveración no descarta la correcta posición de que todos, incluso quienes presuntamente han delinquido, tienen derecho a una adecuada defensa, que es un derecho fundamental.

damente a pesar del reclamo público de la sociedad e incluso de algunos de sus propios integrantes.

La publicidad prometida

La Comisión señaló que el proceso se llevaría a cabo con mucha publicidad, que los candidatos que tuvieran relación con regímenes antidemocráticos serían cuestionados y que, a final de cuentas, resultarían preseleccionados los mejores. Pasado el tiempo sucedió que, salvo un par de días, las entrevistas con los postulantes fueron reservadas; los currículos no fueron conocidos por la población sino mucho después; la lista final de los candidatos seleccionados no fue publicada en el tiempo debido; y los primeros favoritos de la Comisión no estaban exentos de cuestionamientos. ¿Mientras más transparencia, mejor? Sí, pero parece que no todos los miembros de la Comisión compartían ese criterio. Esto quedó demostrado, por ejemplo, cuando Pastor intentó boicotear la audiencia pública que en su oportunidad convocó el congresista Yhony Lescano –miembro de la Comisión y crítico del proceso– para que los principales candidatos expusieran los puntos más relevantes de su trayectoria y sus ideas sobre el TC.⁷⁵

Un punto de quiebre en la publicidad del proceso fue el uso del concepto de "sesión reservada" por la Comisión para las entrevistas con los candidatos. Resultó por eso raro que primero se aceptara que

fueran totalmente abiertas, pero poco tiempo después se restringió el acceso de los ciudadanos. Ello a pesar de que con el conocimiento de las preguntas formuladas a cada uno de los candidatos se podría llegar a saber si existían favoritismos o la intención de "destruir" algunas candidaturas.

Surgieron diversos argumentos -tanto de derecho como prácticos- para convalidar la decisión de que la publicidad de las entrevistas podía afectar la privacidad o la esfera íntima de los postulantes; o que, al haber 72 candidatos, los últimos podían beneficiarse de la posibilidad de conocer las preguntas hechas a los anteriores.

Desde el derecho, la medida es altamente cuestionable y contraria a la naturaleza del procedimiento mismo de selección en una democracia que elige a los magistrados del máximo intérprete constitucional de los derechos de todos. Tanto aquí como en otras instituciones del sistema de justicia, la transparencia y el acceso a la información en la elección de sus autoridades es crucial, no solo por su valor en sí, sino también porque contribuye a la democracia participativa por medio de la fiscalización cuando la elección no es directa, además porque la legitimidad de la denominación se fortalece.

Por otro lado, la naturaleza de la función exigía la publicidad: a fin de cuentas, se trataba de un cargo público. La regla general es la transparencia, no la reserva; y cuando

⁷⁵ De la Jara, loc. cit.

esta última fuera indispensable, debía estar sujeta a causas objetivas y no a la mera discrecionalidad. Por eso, había que analizar caso por caso (pregunta por pregunta) si en verdad se hubiera vulnerado el derecho constitucional a la intimidad (artículo 2.º, 7, de la Constitución) en pro de la publicidad y el acceso a la información (artículo 2.º, 4). Al respecto, resulta pertinente recordar lo señalado por el mismo TC cuando se da una supuesta colisión entre ambos derechos: "[...] prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene *significación pública*, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas" (expediente 0905-2001-AA/TC, fj. 15).⁷⁶

Además de la forma inadecuada como se llevó a cabo este procedimiento de selección, algunos de los candidatos bien vistos por la Comisión no estaban exentos de cuestionamientos. Se dejaba de considerar, otra vez, que, por sobre todas las cosas, los postulantes que se perfilaban para el cargo debían ser intachables en todo sentido (en términos profesionales y de trayectoria democrática), y no despertar temores ni inseguridades en los ciudadanos. Tales decisiones primeras resultaban de ese modo

incoherentes e incomprensibles, toda vez que había otros candidatos que bien pudieron llamar la atención de la Comisión.⁷⁷ Señalemos solo un ejemplo: la Comisión eligió como magistrado del TC al postulante Vladimir Paz de la Barra, a pesar de que defendía como abogado la posición de Ángel Romero (Presidente suspendido de la Corte Superior de Lima, cuya destitución había sido solicitada por la OCMA por contradecir un fallo propio), de que había estado vinculado a la desaparición del expediente del narcotraficante Evaristo Porras,⁷⁸ y respecto de quien mucha gente (juristas y abogados) no creía que tuviese el nivel profesional suficiente para un cargo tan alto.⁷⁹ Su elección, ocurrida junto a la de otros tres postulantes el 13 de junio del 2007, quedó luego en suspenso cuando se hicieron públicas las fotos de otro elegido, Javier Ríos Castillo, en un almuerzo junto a otros personajes vinculados con la corrupción. La elección de Ríos Castillo también fue inadecuada, sobre todo cuando varios medios de comunicación informaron de una acusación que le hiciera la Universidad Ricardo Palma.⁸⁰ Al final no quedó otra salida que anular su nombramiento.

⁷⁶ Ruiz Molleda, Juan Carlos: "Elecciones de magistrados del TC: ¿Afecta su derecho a la intimidad el carácter público de las entrevistas?". *Justicia Viva mail* N° 295, 23 de abril del 2007. En: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0295.htm>>.

⁷⁷ Solo por mencionar algunos nombres, se encontraban postulando Oscar Urviola con una candidatura presentada por diversas y reconocidas instituciones de Arequipa; Rocío Villanueva, que posee una destacada trayectoria académica y diez años de trabajo como adjunta del Defensor del Pueblo; Ernesto Blume, del que no se puede negar su condición de jurista (y de cuyas posturas incluso uno puede discrepar).

⁷⁸ De la Jara Basombrío, Ernesto: "El comienzo del fin del Tribunal Constitucional", en boletín electrónico *Informando Justicia*, 14 de junio del 2007. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/junio/14/comienzo_del_fin.htm>.

⁷⁹ De la Jara Basombrío, Ernesto: "El Tribunal Constitucional", en boletín electrónico *Informando Justicia*, 7 de junio del 2007. Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/junio/07/tc.htm>>.

⁸⁰ De la Jara Basombrío, Ernesto: "El comienzo del fin del Tribunal Constitucional", *loc. cit.*

Los hechos recién consignados dan cuenta de que la Comisión no hizo una adecuada elección. Como consecuencia, se planteó que el proceso debía reiniciarse desde cero. La propuesta no fue tomada en cuenta y así se prosiguió con el mismo procedimiento, como resultado de lo cual se eligió a los cuatro magistrados. Gracias, en parte, al esfuerzo de fiscalización y denuncia de la sociedad civil, no se eligió a los postulantes cuestionados, y los seleccionados lucen méritos que son de resaltar.

La batalla del género

Como ya se indicó, un tema relevante de esta elección fue la necesidad de que una mujer pudiese acceder a tan alto cargo del sistema de justicia. Hasta ahora solo una lo ha integrado, la doctora Delia Revoredo. En vista de que nuestro país cuenta con una población femenina de aproximadamente 13 millones y medio de personas (un poco más del 50% del total), de que históricamente tal proporción no se ha reflejado en la elección de funcionarios públicos de alto nivel, y teniendo en cuenta el carácter eminentemente masculino del Derecho peruano reflejado en normas e instituciones jurídicas que por medio de la interpretación imprimen más el sesgo cultural al Derecho, el que la Comisión del Congreso hubiere fijado como meta incluir en su elección a una mujer habría significado un buen mensaje del Legislativo sobre la política de inclusión

de las mujeres en el mundo jurídico. Por supuesto, no se trata de sacrificar los requisitos de excelencia académica y trayectoria ética y profesional en defensa de los derechos humanos en pro de la equidad real, (sobre todo porque el ser mujer no garantiza una mirada de género); las candidatas mujeres también han de cumplir ese requisito (que, en suma, eran los señalados en esta convocatoria).⁸¹

Tareas pendientes

Sin duda, es imprescindible aclarar las reglas del procedimiento de selección de los magistrados del TC por el Congreso, para hacer realidad la transparencia en cada paso: los currículos de los postulantes, el análisis de sus antecedentes profesionales y éticos, las entrevistas, la calificación otorgada por los congresistas y los criterios usados y la lista de los candidatos o candidatas por presentar al Congreso. Incluso más, es necesario conceder un peso mayor a la elección de los integrantes de la Comisión del Legislativo que se ocupará de la elección de los magistrados del TC, para que esté compuesta por personas capaces de autocrítica y enmienda pronta cuando el proceso no se desenvuelve adecuadamente. Por supuesto, siempre habrá la cuota política en la elección (de acuerdo al órgano de elección: el Legislativo), pero hay que cuidar que no se anteponga a los criterios de mérito y trayectoria intachable en

⁸¹ Ramírez Varela, Lilia: "Por un Tribunal Constitucional inclusivo y democrático". *Justicia Viva mail* N° 285, 1 de marzo del 2007. Disponible en: <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0285.htm>>.

defensa de la democracia y los derechos humanos que debe cumplir todo magistrado, sobre todo los que integran el TC. Los errores deben corregirse en la próxima elección (prevista para fines de

diciembre del 2009), en la que se ha de reemplazar a los magistrados César Landa Arroyo (actual Presidente del Tribunal) y Juan Vergara Gotelli.

Comisión especial encargada de seleccionar a los postulantes para magistrados del TC	
Aurelio Pastor	 (APRA) (Presidente)
Humberto Falla	 (APRA)
Freddy Otárola	 (UPP-PNP)
Eduardo Espinosa	 (UPP-PNP)
Raúl Castro	 (UN)
Rolando Souza	 (Sí Cumple)
Yonhy Lescano	 (AP, integrante de la Alianza Parlamentaria)

Las sentencias del FONAVI y su desacato por el Jurado Nacional de Elecciones

Juan Carlos Ruiz Molleda

El 3 de setiembre del 2007 el TC expidió dos importantes sentencias en el controvertido caso del FONAVI (siglas del desactivado Fondo Nacional de Vivienda) recaídas en los expedientes 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC. Luego, los primeros días de enero del año siguiente, este mismo colegiado expidió una sentencia "aclaratoria", recaída en el expediente 5180-2007-PA/TC, donde precisa los alcances de las resoluciones anteriores. Como sabemos, estas tienen especial relevancia habida cuenta que se trata de tres procesos constitucionales de amparo en los cuales está de por medio la devolución del "tributo" del FONAVI, aportado por más de 5 millones de trabajadores a lo largo de veinte años, monto que ascendería a la cifra de 20 mil millones de soles.⁸²

Como era de esperarse, esta sentencia ha generado debate y críticas, así como fricciones entre el TC y algunos poderes del Estado (Ministerio de Economía y Finanzas) y órganos constitucionales (el

JNE). Sin embargo, especial comentario merece la negativa del JNE a acatar las sentencias del TC. Debemos señalar, de manera categórica, que más allá de que estemos de acuerdo o no con los fundamentos que sustentan el fallo del TC, está fuera de toda duda que estos deben cumplirse. Todas las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales se cumplen, pues de lo contrario se quebraría el Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, se puede disentir y se puede incluso hacer públicas las discrepancias (artículo 139.º, inciso 20, de la Constitución).

Las dos primeras sentencias sobre el FONAVI

En el artículo 1º del proyecto de ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron con él (proyecto 00864/2001-CR) se señalaba:

Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyeron al FONAVI, el

⁸² Esta es la cifra última que se maneja; sin embargo, es aproximada, pues sobre ella hay que descontar lo que se gastó efectivamente en las construcciones de viviendas, en el saneamiento de predios realizados, en obras de agua, luz, alumbrado público, asfaltado, etcétera. En todo caso, inicialmente el Presidente de la Comisión de Presupuesto del Congreso señaló que la cantidad ascendería a la cifra de 100 mil millones de soles (véase diario *La República*, 17 de noviembre del 2007).

total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Asimismo abónese a favor de cada trabajador beneficiario, los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados.

Este procedimiento legislativo culminó con la promulgación de la ley 27677, denominada Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI, que, a juicio de los "fonavistas", desvirtuaba y desnaturalizaba "sustancialmente" la propuesta original. Ante ello, estos últimos, en aplicación de los artículos 16.⁸³ y 41.⁸⁴ de la ley 26300 (Ley de los Derechos de Participación Ciudadana y Control Ciudadano), solicitaron al JNE la iniciación del procedimiento de referéndum.

La respuesta del JNE fue declarar improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum argumentando que su autorización resultaría inconstitucional, en la medida en que el artículo 32.º de la Constitución de Estado establece que no pueden someterse a referéndum las normas de carácter tributario. Ello motivó que el 26 de octubre del 2006 José Miguel Ángel Cortés, en su calidad de promotor de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del proyecto original,

interpusiera demanda de amparo contra el JNE, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE y pidiendo se disponga la convocatoria a referéndum.

Como se puede advertir, el principal problema por dilucidar es la naturaleza jurídica de los aportes al FONAVI. En otras palabras, definir si el FONAVI es o no un tributo. Solo una vez que esto se haya hecho el TC podrá determinar si el JNE, por medio de las resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE, que declararon improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, vulneró efectivamente el derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país, así como el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Para definir si es un tributo o no, debemos verificar que el FONAVI cumpla con todos los requisitos exigidos. Con ese propósito, primero hay que evaluar si su aprobación se ha realizado por medio de una ley, en estricto cumplimiento del principio de legalidad y de reserva de ley que ordena el artículo 74.º de la Constitución. Asimismo, la obligación pecuniaria tiene que estar basada en el *ius imperium* del Estado, y debe estar respaldada por su carácter coactivo, pero distinto de la sanción por

⁸³ "Artículo 16.º. El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación."

⁸⁴ "Artículo 41.º. Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley."

acto ilícito.⁸⁵ Luego es necesario evaluar qué clase de tributo es, es decir, si estamos ante un impuesto, ante una contribución o ante una tasa.

No hay aquí el espacio suficiente para hacer un análisis detallado, razón por la cual nos remitimos al informe elaborado por el Consorcio Justicia Viva.⁸⁶ Sin embargo, podemos señalar que el amparo debió ser declarado improcedente, pues el referéndum no procede cuando estamos ante materia tributaria y presupuestal, como ocurre en este caso. En efecto, la contribución del FONAVI fue aprobada por normas que, si bien no son leyes en sentido estricto -salvo la 25388-, sí tienen fuerza de ley, como los decretos leyes 22591, 25436, 25520 y el decreto supremo extraordinario 043-PCM-93; y, lo que es más importante, fueron habilitados explícitamente para regular en materia tributaria. Los decretos leyes fueron convalidados por el propio TC en el nivel jurisprudencial (expediente 0010-2002-AI) y por ley constitucional (del 9 de enero de 1993); el decreto supremo extraordinario, por su parte, fue aprobado en cumplimiento del artículo 4.º de la ley 25397 (Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República).

En relación con la naturaleza tributaria del FONAVI, debemos precisar que siempre ha sido para el empleador un impuesto, en la medida en que este jamás

se benefició de obras públicas o actividades estatales. En cambio, para el trabajador fue una contribución hasta antes de la vigencia del decreto ley 25520, norma que, como sabemos, redefinió la finalidad del FONAVI. Será entonces a partir de la vigencia del decreto ley 25520 que se convertirá en un impuesto para los trabajadores, pues en la gran mayoría de los casos sus aportantes no recibieron ninguna retribución del Estado.

Esto nos lleva a tomar distancia de los argumentos del TC, pues consideramos que, si bien no existe la manifestación expresa de la voluntad del autor de la norma de crear un tributo como este colegiado sostiene, sí queda claro que estamos material y sustancialmente ante un tributo en aplicación del principio de primacía de la realidad y del propio texto del decreto ley 22591. Por otro lado, de acuerdo con la norma que le daba cobertura legal y con el sujeto pasivo que la pagaba, podemos evaluar si estamos ante una contribución o ante un impuesto.

Asimismo, queda claro que no necesariamente el que recaude el tributo debe ser el Estado, como dice el TC, y que si bien es deseable que los fondos de las contribuciones se destinen a las obras que originan el beneficio, la no afectación no puede conducirnos a negar la validez del tributo. Por todas estas consideraciones, estimamos que el FONAVI sí era un tributo, incluso en el periodo en el que

⁸⁵ Véase la sentencia del TC recaída en el expediente 01078-2007-PA/TC, fj. 2.3.

⁸⁶ Véase: <http://www.justiciaviva.org.pe/documentos_trabajo/doc06.doc>.

tuvo como norma habilitante el decreto supremo extraordinario 043-PCM-93.

De igual manera, consideramos que el TC debió desestimar la demanda de amparo y confirmar la resolución del JNE, en la medida en que el referéndum afecta de manera sustancial materia presupuestal que solo debe ser regulada por la Ley de Presupuesto, de conformidad con el artículo 32.º de la Constitución y en concordancia con el artículo 78.º del mismo cuerpo normativo.

Además, la sentencia materia de este comentario pone en peligro un bien jurídico constitucional digno de protección, como es el principio de equilibrio del Presupuesto de la República reconocido en el artículo 78.º de la Constitución, que, a su vez afecta (sin lugar a dudas), la seguridad jurídica, la estabilidad política y otros conexos. En atención a ello, estimamos que el TC debió evaluar mejor cuáles serían las consecuencias de su sentencia y analizar si podía generar una grave afectación a otros valores y principios constitucionales.

Ciertamente -y en eso coincidimos con el voto singular de Landa y Mesía-, esto no quiere decir que los "fonavistas" no tengan derecho a la devolución de su dinero. Lo que en el presente informe sostenemos es que, más allá de la legitimidad y justicia de su pedido, constitucionalmente el referéndum no es la vía idónea para lograrlo.

La tercera sentencia "aclaratoria" sobre el FONAVI

En relación con la tercera sentencia "aclaratoria" emitida la primera semana

de enero de este año, el TC expidió una nueva sentencia en el conflicto sobre la devolución del "impuesto" del FONAVI (expediente 5180-2007-PA/TC). En ella este colegiado ha reiterado y se ha ratificado en lo señalado en sus fallos anteriores. Si bien no responde a un pedido de aclaración (artículo 121.º del CPC), materialmente el TC se vale de ella para "aclarar" y "precisar" conceptos que no fueron desarrollados suficientemente en sus sentencias anteriores.

En su fundamento jurídico 7 señala que sus anteriores fallos (1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC):

[...] deben ser acatados y ejecutados conforme a lo señalado por el artículo 22º del CPC antes citado y a lo establecido en los fundamentos 2), 3) y 4) de la STC N° 1546-2002-AA/TC y fundamentos 14) a 17) y 23) de la STC N° 4080-2004-AC/TC. Quiere decir que las sentencias dictadas por el TC, a las que se ha hecho referencia en el considerando 5), deben ser ejecutadas por el Juez de la demanda lo que, sin embargo, no ha ocurrido.

Como podemos advertir, el primer efecto de la sentencia del TC es que constituye cosa juzgada. Pero no se trata de la cosa juzgada de los procesos ordinarios. La doctrina señala la necesidad de reconocer a tales sentencias una extensión mayor que la que corresponde a las de los tribunales ordinarios, tal como estas últimas se entienden convencionalmente, como consecuencia de las exigencias derivadas de su mayor trascendencia y de

la necesidad de cubrir adecuadamente las funciones interpretativas y pacificadoras del TC.⁸⁷ El fundamento de ello está en que el TC es el supremo intérprete de la Constitución y el máximo órgano de control de la constitucionalidad de los actos públicos y privados.

Un segundo efecto contenido en el citado artículo 82.º del CPC es su carácter vinculante en relación con todos los poderes públicos. Esto significa que ningún poder del Estado, y menos aun los particulares, podrán eximirse de su cumplimiento y observancia. En otras palabras, no pueden desvincularse, bajo responsabilidad. En relación con el conflicto del FONAVI, ninguna decisión judicial (y, en este caso, del JNE) debe afectar lo resuelto por el TC; muy por el contrario, el órgano de justicia electoral se encuentra vinculado a las decisiones del TC.

Finalmente, el artículo 82.º hace referencia a que la sentencia produce "[...] efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación [...]". Eso no quiere decir que tenga los mismos efectos que las leyes. Así, cuando estemos ante procesos en los que se ha declarado la inconstitucionalidad de una norma, o en aquellos casos en los que se ha expedido un precedente vinculante (artículo VII del TP del CPC) o una doctrina jurisprudencial (VI del TP Código Procesal Constitucional), la

sentencia tendrá efectos *erga omnes* oponibles no solo a los poderes públicos sino también a los particulares.

Por otro lado, es necesario señalar que la violación de la cosa juzgada conlleva la afectación de otros principios constitucionales de primera importancia. En primer lugar, se afecta la *seguridad jurídica*. Como sabemos, las sentencias del TC no solo buscan resolver un conflicto y restaurar los derechos violados, sino también poner en práctica su función pacificadora y ordenadora según la cual las sentencias que este expida y queden firmes son irrecurribles en el orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205.º de la Constitución.⁸⁸ También se afecta el *principio de ejecutoriedad* de las resoluciones judiciales, cuyo fundamento constitucional es el artículo 118.º, inciso 9, en virtud del cual se establece como función y responsabilidad del Presidente de la República "[c]umplir y hacer cumplir" las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales". Finalmente, este principio también encuentra su fundamento en el artículo 139.º, inciso 3, como una manifestación del principio a la tutela judicial efectiva.⁸⁹

Un tercer punto tiene que ver con el desarrollo que el TC hace de un conjunto de criterios que pueden contribuir a ejecutar su sentencia y a superar el

⁸⁷ Bocanegra Sierra, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 81.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁹ Chamorro Bernal, *op. cit.*, 1994, pp. 275 y ss.

entrampamiento inicial. Esto lo hace ciertamente de conformidad con el "principio de previsión", según el cual el TC debe prever la totalidad de las consecuencias de sus actos jurisdiccionales tras la expedición de una sentencia. Ella debe contener la proyección y el vaticinio de una "mejor" realidad política jurídica y la cancelación de un otrora "mala".⁹⁰ En efecto, teniendo en cuenta lo complicado que es la posible devolución en efectivo de los aportes del FONAVI a los beneficiarios, señala el TC que:

[...] no es inconstitucional que se pueda recurrir a las devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima expectativa de vivienda, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo [...] (fj. 8.a).

En relación con los cuestionamientos y las dificultades sobre la devolución individual de estos aportes, señala el TC que: "[...] el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual. Es por ello que, de ser el caso, los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo". Luego el TC, con el propósito de facilitar y orientar la posible devolución del FONAVI en el eventual caso que esta sea aprobada en el

referéndum, y de evitar que se beneficie a quienes no les corresponde, señala que debe distinguirse:

[...] entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos "beneficiarios" o de deducir no solo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas.

En esa misma línea, también excluye a los empleadores aportantes del FONAVI. Establece el TC que:

De otro lado, el Decreto Ley N° 22591 creó, en su artículo 1°, el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en

⁹⁰ García Toma, Víctor: "La sentencia constitucional", en Gaceta Jurídica: Diálogos con la Jurisprudencia, año 12, N° 100, Lima, enero del 2007, p. 19.

virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2° del Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 01-01-1993, por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25981.

Como podemos advertir, si bien el tema es complejo, el TC, recogiendo las diferentes críticas y comentarios a sus primeras dos sentencias, y superando las limitaciones y vacíos de sus anteriores fallos, ha brindado pautas y criterios al Ejecutivo para encontrar la solución al problema. No hay excusa que valga para resistirse a cumplirla.

El desacato de la sentencia del TC por el JNE es un acto "de facto"

El JNE, en una actitud grave y preocupante, se ha negado a acatar, de manera injustificada, una decisión del TC. En relación con dicha actitud el TC ha precisado que: "[...] lo resuelto por el JNE mediante Resolución N° 260-2007-JNE, de fecha 21 de diciembre del 2007, y el procedimiento del cual emanó resultan nulos de pleno derecho [...]"

Como sabemos, si bien el JNE es la máxima instancia en materia electoral (artículos 142.º y 181.º de la Constitución), el TC puede revisar sus sentencias siempre que la decisión del primero exija una interpretación de la Constitución Política cuando se alegue la presunta afectación de derechos fundamentales (en concreto, el derecho a la participación política por medio del referéndum) o, en general, cuando lo exija el control de

constitucionalidad. Ello tiene fundamento en el artículo 200.º, inciso 2, de la Carta Política, y la doctrina lo llama "amparo electoral". Se sustenta este en que no hay zonas exentas de control constitucional, pues de lo contrario la Constitución dejaría de tener la máxima jerarquía normativa y perdería su carácter vinculante sobre todos los poderes públicos. Y es que el JNE, al ser un "poder constituido", no puede estar por encima del "poder constituyente" cuya voluntad se plasma en la Constitución. Lo contrario es un absurdo que no resiste el menor análisis jurídico. Ciertamente, podemos discrepar de la sentencia, pero esta debe ser cumplida como debe serlo cualquier sentencia de toda autoridad jurisdiccional, incluso cuando no se comulgue con ella o no se la estime políticamente "conveniente" ni "oportuna".

Esta resistencia del JNE no solo a cumplir con la Constitución sino fundamentalmente a respetar y acatar los mecanismos de control constitucional del TC, es preocupante. Sobre el particular, hay que decir que el principio de "poder limitado" es fundamental en el Estado Constitucional de Derecho. De acuerdo con este principio, el control del poder político supone el ejercicio de un poder no omnímodo ni arbitrario sino que tiene límites, pues si no los tuviera cualquiera que formase parte de él podría hacer lo que quisiera sin reparar en los límites que impone el ordenamiento jurídico. Han pasado muchos siglos antes de que el hombre político aprendiera que la sociedad justa, la que reconoce y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de *límites*

impuestos a quienes ejercen el poder. Estos límites se encuentran contenidos en el marco normativo, en especial en las normas constitucionales.

En ese sentido, el Estado -y las diversas autoridades que lo componen- no puede actuar como ha hecho el JNE. Cuando rebasa lo establecido por los preceptos normativos, actúa arbitrariamente y no de acuerdo con el derecho ni la razón. Con esa lógica, cuando se infringe la norma constitucional y se vulnera la voluntad de esta, el poder *de jure*, es decir, el que se ejerce según el derecho, se convierte en un poder *de facto*. No hay, pues, poderes ilimitados, de donde se desprende que todo poder -por derivar de la Constitución y de la ley, por no ser un poder propio sino recibido- implica, para su ejercicio válido, el respeto de las normas que lo regulan y, por consiguiente, es controlable, razón por la cual sus actos y sus decisiones son justificables y pueden ser invalidadas.

Poder limitado será en consecuencia poder controlado, pues limitación sin control significa sencillamente un contrasentido; es decir, una limitación inefectiva o irrealizable. En resumen, el control constituye el vehículo por medio del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.⁹¹ No son suficientes los límites si se carece de los mecanismos de control, y es esa, precisamente, la tarea del TC. Como podemos apreciar, el JNE ha cruzado la línea que separa el poder *de jure* del poder *de facto* al negarse a cumplir la sentencia del TC. Su negativa y su desacato carecen de marco constitucional y, aun más, de marco legal. No constituye una instancia de casación para revisar las decisiones en la interpretación que el TC haga de la Constitución. Lo que hace el JNE es un ejercicio del poder puro, *de facto*, sin tener competencia para ello, olvidando que el artículo 45.º de la Carta Política señala: "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

⁹¹ Aragón, Manuel: *Constitución y control del poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina, 1985, p. 69.

Sobre el amparo residual y las vías igualmente satisfactorias⁹²

Lilia Ramírez Varela

El 30 de octubre del 2007 la Sala Plena de la Corte Suprema emitió una importante y saludable decisión para la justicia constitucional del país, con el objetivo de delimitar de forma adecuada el significado de la frase *vía igualmente satisfactoria* establecida en el inciso 2 del artículo 5.º del CPC⁹³ como causal de improcedencia de los procesos constitucionales.

Tal referencia resulta trascendental, en vista de que desde la entrada en vigencia del CPC esta norma significa un cambio importante en el panorama de protección de los derechos constitucionales en el Perú, dado que lo que establecía la antigua ley 23506 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), vigente desde 1982,⁹⁴ era la imposibilidad de interponer estas

acciones solo cuando el agraviado haya optado por recurrir a la vía judicial ordinaria (véase el numeral 3 del artículo 6.º). Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico estuvo vigente durante más de veinte años un sistema de vías paralelas, pues se dejaba a criterio y libre elección del agraviado el interponer el amparo u otro proceso judicial no constitucional (sea tomando la vía civil, penal, laboral, etcétera) para la defensa del derecho básico afectado.⁹⁵

El amparo residual

Con la entrada en vigencia del CPC la situación se modificó de forma positiva, pues la interposición de procesos constitucionales, y principalmente del amparo -proceso que sirve para defender

⁹² Este artículo tiene como base la nota del doctor Juan Carlos Ruiz Molleda: "Una decisión acertada: Corte Suprema fija reglas sobre procedencia de amparo", 2007. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/noviembre/08/una_decision.htm>.

⁹³ "Artículo 5.º. Causales de improcedencia
"No proceden los procesos constitucionales cuando:
[...]"

"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; [...]."

⁹⁴ Publicada en *El Peruano*, 8 de diciembre de 1982, y vigente hasta el 10 de diciembre del 2004.

⁹⁵ Véase AAVV: *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos. Dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra, 2004, p. 68.

la mayoría de los derechos de la persona humana-, ya no es voluntaria sino residual. Es decir, solo se puede recurrir a este cuando, en una situación de urgencia, no se encuentra otra posibilidad de protección dentro del ordenamiento.

A decir de la norma del CPC (artículo 5.º, inciso 2): "[...] resultan improcedentes los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus". Con este texto se busca salvaguardar el carácter excepcional y extraordinario de este tipo de garantía y, a la vez, se quiere evitar y eliminar la indebida utilización del amparo por los litigantes provocada por el anterior modelo (el de vías paralelas). Tal cambio era necesario, debido a que en este modelo los peticionarios trataban de resolver conflictos de bienes jurídicos no fundamentales mediante la vía constitucional, lo que

ampliaba la excesiva carga procesal y la consecuente dilación de este tipo de proceso que, por su naturaleza, debe ser célere, efectivo y de procedimiento sencillo.⁹⁶

Y es que, el vertiginoso avance de los derechos humanos desde la segunda mitad del siglo recién pasado exigió, y exige hasta la fecha, la creación de mecanismos jurisdiccionales eficaces para su tutela, puesto que la afectación o amenaza de estos compromete bienes jurídicos tan importantes como la dignidad de las personas y pone en tela de juicio la vigencia de la integridad del sistema constitucional. En tal virtud, el proceso de amparo es una expresión de la llamada *tutela de urgencia satisfactiva*,⁹⁷ pues su objetivo es proteger los derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez, por lo que la configuración del amparo como procedimiento breve se encuentra presente en los mismos orígenes de este mecanismo procesal.⁹⁸

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Este tipo de tutela se otorga mediante procedimientos breves dirigidos a resolver, de manera definitiva, conflictos en los cuales está involucrada la amenaza o vulneración de derechos cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde protección jurisdiccional (véase Cairo, Omar: *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Lima: Palestra, 2004, pp. 175 y 176).

⁹⁸ *Ibidem*, p. 176. Así también, al respecto se ha establecido de manera constante que el proceso de amparo tiene una naturaleza rápida y eficaz orientada a lograr los fines de un proceso constitucional, que es la defensa de los derechos fundamentales (véase Abad, Samuel: *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004). Incluso a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante los votos razones de la jueza Sonia Medina y en una interesante tesis, no exenta de cuestionamiento, se ha señalado que el sinónimo de un recurso sencillo es el proceso de amparo: "El artículo 25 consagra el derecho del individuo a que sus derechos humanos sean protegidos en el ámbito nacional, de una manera sencilla, rápida y efectiva, lo que se conoce en nuestro continente como el derecho al recurso de amparo [...]. En la Convención Americana, el artículo 25 se titula 'Protección Judicial', lo que podría llevar a sostener que es una disposición que consagra '[...] el derecho de acceso a la justicia'. Habría que decir, al respecto, que ese título hace alusión a que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3.), los recursos a que se refiere deben ser judiciales. El posible acceso a la justicia que concede el artículo 25 alcanzaría sólo a los recursos rápidos, sencillos y efectivos, es decir, sólo al recurso de amparo. Ver: Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio del 2004. Serie C N.º 109, Voto de la jueza Sonia Medina, párrafo 1".

En consecuencia, el hecho de que este proceso de garantía tenga especiales características hace que su uso sea también determinado para situaciones exclusivas; es decir, ante la violación de cierto tipo de derechos (los fundamentales) y ante determinados escenarios específicos que justifican una intervención oportuna y eficaz. En razón de ello, se han establecido un conjunto de elementos para que esta vía se use de manera excepcional en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, mediante la instauración del agotamiento de vías previas (artículo 45.º del CPC) –utilizado tanto en la administración pública como en los procesos judiciales–, o por medio del poco claro concepto de vía satisfactoria (artículo 5.º, inciso 2, del CPC),⁹⁹ que analizaremos más adelante.

A su vez, el propio TC ha establecido en reiterada jurisprudencia que el amparo en el nuevo CPC es residual, pues:

[...] 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.¹⁰⁰

Sin embargo, pese a las importantes consideraciones mencionadas, el carácter residual del proceso de amparo no es absoluto, sino que en aras de una verdadera protección de los derechos fundamentales se han establecido un conjunto de excepciones, sea por vía normativa, sea por vía jurisprudencial, dado que la sola existencia de un proceso ordinario que proteja el mismo derecho materia del amparo no basta para generar la improcedencia del recurso. Para que la produzca, el proceso distinto del amparo tendrá que ser igualmente eficaz en cuanto al otorgamiento de la protección que el demandante solicita.¹⁰¹ Por ejemplo, el artículo 46.º del CPC establece excepciones a la vía previa, mientras que el TC, en reiterada jurisprudencia constitucional, ha determinado la posibilidad de presentar amparos en materia pensionaria, pese a la existencia de un fuero laboral, en supuestos específicos.¹⁰² En ambos casos se busca hacer más permisivo el acceso al amparo,

⁹⁹ Es necesario señalar la diferencia entre los conceptos de vía previa y vía paralela. Mientras en el primero se obliga a agotar la instancia para que el acto quede firme antes del inicio de un proceso de amparo, la vía paralela era un medio de defensa judicial, distinto del amparo, establecido en la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo (ley 23506) que facultaba al agraviado entablar ante la autoridad competente su pretensión jurídica (véase Sbdar, Claudia: *Amparo de derechos fundamentales*. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 129).

¹⁰⁰ Véase expediente 4196-2004-AA/TC, del 14 de junio del 2004, fundamento 6.

¹⁰¹ Cairo, Omar: "El amparo residual en el Código Procesal Constitucional", en *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal* n.º 5. Lima: Proceso & Justicia, 2005, p. 23.

¹⁰² Véase expediente 07096-2006-PA/TC, del 15 de noviembre del 2007, y expediente 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre del 2005.

para no tener que agotar procesos ordinarios ante la falta de idoneidad de estos.

Vía igualmente satisfactoria en el proceso de amparo

En este marco la Corte Suprema, mediante su Sala Plena, emitió este acuerdo de criterios para unificar el concepto de *vía igualmente satisfactoria*. Frase ambigua que, de ser mal utilizada y malentendida, podría convertir la novedosa residualidad del amparo de este CPC en una excepción, al no filtrar adecuadamente los casos; o todo lo contrario: podría ocasionar un conjunto de trabas para que el justiciable encuentre auxilio judicial en sus derechos básicos que convertirían el proceso de amparo en un procedimiento ineficaz e inútil, violando con ello la norma constitucional y un conjunto de tratados internacionales por falta de un recurso efectivo y eficaz en la defensa de los derechos fundamentales.

Para ello, la máxima instancia judicial "recomienda" a los distintos órganos jurisdiccionales del territorio que conozcan demandas de amparo los siguientes criterios establecidos en los ámbitos doctrinario y jurisprudencial para determinar si estamos ante una *vía igualmente satisfactoria*: a) irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección; b) probanza de que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho

(acreditando para ello la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado); c) análisis del trámite previsto en cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y, d) evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa.¹⁰³

Agregando que estos criterios, a su vez, se traducen en un examen en el que se deberá tomar en cuenta la relación con otras vías satisfactorias: a) la legitimación procesal (activa y pasiva); b) la capacidad de ofrecer y/o actuar pruebas; c) el derecho a ser debidamente notificado de los diferentes incidentes o incidencias que se presentan a lo largo de cada proceso; d) la fluidez y duración del trámite previsto; e) la existencia de un escenario cautelar suficientemente garantista; f) el establecimiento de medios impugnatorios eficaces; y, g) el tipo de sentencia por obtenerse; y, finalmente, las pautas dentro de las cuales pueden ejecutarse este tipo de sentencias. El acuerdo concluye señalando:

Si se encuentran coincidencias entre el tratamiento dado a estos puntos en las vías judiciales ordinarias y lo previsto para el proceso de Amparo, podría decirse, en la misma línea de lo previsto en la doctrina y la

¹⁰³ Véase primera disposición de la circular 195-2007-SG-CS-PJ, emitida el 5 de noviembre del 2007.

jurisprudencia comparadas, que nos encontramos ante alguna(s) vía(s) igualmente satisfactoria(s) al proceso de Amparo.¹⁰⁴

Por ello, los peticionarios tendrían que optar por seguir un proceso ordinario.

Con la emisión de estas pautas, la Corte Suprema se preocupa por sentar criterios sólidos en materia constitucional, para que estos sean tomados en cuenta por todas las instancias judiciales. De ahí surge la segunda importancia de esta decisión de la Sala Plena.

Predictibilidad de las decisiones judiciales y la defensa de la justicia constitucional

En este sentido, consideramos que la emisión de esta resolución es positiva también en tanto resalta dos conceptos importantes para lograr una justicia constitucional adecuada:

(i) Refuerza, en cierta medida, el concepto de predictibilidad de las decisiones judiciales en materia constitucional

El profesor Javier de Belaunde señala:

[...] la función de establecer jurisprudencia vinculante o precedentes judiciales para asegurar la igualdad de todos los ciudadanos en la interpretación de la ley, y como consecuencia de ello fortalecer la

seguridad jurídica, [hace] de la predictibilidad de los fallos judiciales una de las mejores herramientas para combatir la demora de los procesos y la corrupción de algunos funcionarios.¹⁰⁵

Aunque, lamentablemente, en este caso la resolución actúa de manera ambigua en materia de predictibilidad, pues señala que los criterios establecidos en materia de amparo sirven solo como "pautas referenciales" para los jueces con el fin de no afectar la independencia de estos, debilitando el verdadero nivel vinculante de ella.

A nuestro entender, esta resolución, al no establecer de manera expresa su obligatoriedad aunque tenga el marco normativo para hacerlo, se autolimita demasiado. El artículo 80.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a la Sala Plena de la Corte Suprema la facultad de: "[...] sistematizar, y difundir [...] las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales"; es decir, esta instancia tenía la atribución para imponer criterios de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, en pro de un mal entendido concepto de independencia judicial, optó por dejar a discrecionalidad del juez el cumplirlos o no.

Respecto de esto, es preciso señalar que el importante principio de independencia no se ve afectado de forma ilegítima por

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Belaunde, Javier de: *La reforma del sistema de justicia: ¿En el camino correcto?* Lima: IPESM/Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 23.

la creación de jurisprudencia obligatoria, en tanto la adopción de esta es un límite válido (e incluso necesario) a la independencia de los magistrados, porque hace prevalecer otros derechos como la igualdad de la ley (asegura que las personas no tendrán resultados distintos o contradictorios en supuestos de hecho parecidos, sino un mismo trato) y busca la seguridad jurídica.

No obstante esta redacción, la citada resolución de la Sala Plena resulta interesante, en tanto tiene como fin unificar los criterios de procedencia del amparo en el ámbito de la justicia ordinaria y, junto a ello, puede evitar que se produzca una desnaturalización de esta como la que ocurrió el año pasado en temas como el uso ilegal de la vía de amparo para permitir el ilícito funcionamiento de casinos y tragamonedas y el uso de "buses-camión".

(ii) Subraya la autoridad del juez ordinario en la defensa de los derechos humanos y del orden constitucional

Respecto de este segundo punto, hay que precisar que esta resolución impulsa la constitucionalización de la justicia ordinaria, dado que, de un tiempo a esta parte, el TC, de manera errada, ha sido concebido como el único defensor de las garantías constitucionales, mientras que a los jueces ordinarios se los tenía como defensores de la legalidad.

Sin embargo, esto está lejos de la realidad. Las normas constitucionales y las legales otorgan a los jueces ordinarios la primera línea de defensa de la Constitución, ya que:

[...] el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les 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 a las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución [...]. De igual modo, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°.¹⁰⁶

Con esta explicación, entonces, encontramos que el TC solo entra en la defensa de los derechos, por lo general, de manera subsidiaria: "Los 7 magistrados del Tribunal poco pueden hacer frente a la cantidad de vulneraciones a los derechos fundamentales, al lado de los cerca de 1.600 jueces y vocales que existen en nuestro país".¹⁰⁷

¹⁰⁶ Expediente 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre del 2005, fundamento 5.

¹⁰⁷ Ruiz, Juan Carlos: "Una decisión acertada: Corte Suprema fija reglas sobre procedencia de amparo", 2007. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/noviembre/08/una_decision.htm>.

Conclusión

Sin duda, esta resolución pone nuevamente en la palestra de la defensa de los derechos fundamentales a la justicia ordinaria y principalmente a la Corte Suprema. Es de esperar que, pese al sentido referencial que le ha querido dar

la Sala Plena a esta decisión, ella sirva para unificar criterios para la procedencia del amparo y aclarar el concepto de "vía igualmente satisfactoria" en el CPC. Solo así, con un constante avance de la justicia constitucional desde todas las instancias, la defensa y garantía de los derechos fundamentales se hará realidad.

Algunos precedentes constitucionales vinculantes del Tribunal Constitucional¹⁰⁸

1. Precedentes vinculantes anteriores al año 2007

Fecha	Tema	N° de expediente
02/02/2005	Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional	3771-2004-AA/TC
10/02/2005	Doble carácter de la protección judicial	2798-2004-PHC-TC
18/02/2005	Inhabilitación política	3760-2004-AA/TC
03/05/2005	Competencia del TC para conocer procesos constitucionales entre entidades de derecho público	1150-2004-PA/TC
03/06/2005	Libertad personal. Detención preventiva. Principio <i>tempus regit actum</i>	2496-2005-HC/TC
30/06/2005	Agotamiento de la vía previa - materia tributaria	2302-2003-AA/TC
30/06/2005	Duplicación del plazo de prescripción para delitos cometidos en agravio del Estado	01805-2005-PHC/TC
12/07/2005	Criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia pensionaria	1417-2005-PA/TC
12/08/2005	Parámetros de validez para los arbitrios municipales	0053-2004-PI/TC
02/09/2005	Tramitación del documento nacional de identidad	1966-2005-PHC/TC
03/10/2005	Criterios de procedibilidad de las demandas de cumplimiento	0168-2005-PC/TC
10/10/2005	Criterios para la aplicación del Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94	2616-2004-AC/TC
26/10/2005	Libertad de tránsito. Bien jurídico seguridad ciudadana	3482-2005-PHC/TC
13/12/2005	Criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia municipal	2802-2005-AA/TC
14/12/2005	Criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral	0206-2005-PA/TC
16/12/2005	Evaluación y ratificación de magistrados	3361-2004-PA/TC
25/12/2005	Derecho de reunión	4677-2004-PA/TC
10/02/2006	Impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas	4227-2005-AA/TC
13/02/2006	Límites del TC en el dictado de sentencias interpretativas e integrativas	0030-2005-PI/TC
09/05/2006	Procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo en materia laboral	4635-2004-AA/TC
15/05/2006	Conducta obstruccionista del procesado	1257-2005-PHC/TC
11/07/2006	Recurso de agravio constitucional (RAC)	2877-2005-PHC/TC
13/09/2006	Determinación de la pensión inicial o mínima	5189-2005-PA/TC
20/09/2006	Facultad de las autoridades administrativas para ordenar medidas preventivas o cautelares	3075-2006-PA/TC
28/09/2006	Derecho fundamental a la rectificación	3362-2004-AA/TC
11/10/2006	Control difuso administrativo	3741-2004-AA/TC

¹⁰⁸ Fuente: Gaceta del Tribunal Constitucional. <http://gaceta.tc.gob.pe/precedentes>

2. Precedentes vinculantes del año 2007

No ratificados - reingreso a la carrera judicial

N.º 01333-2006-AA/TC
27/02/2007

" 4. La controversia de autos, respecto de los alcances del artículo 154 N.º, inciso 2), de la Ley Fundamental, no es una materia nueva para este Colegiado. En efecto, en las STC N.os 1941-2002-AA/TC, 1525-2003-AA/TC, 2731-2003-AA/TC, y más recientemente, a través de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que establece un nuevo precedente, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

5. Así, este Tribunal ha sostenido que podría afirmarse que la no ratificación judicial es un acto de consecuencias más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que "Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público", mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

6. La no ratificación no implica una sanción, por lo que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial es incongruente con relación a la propia naturaleza de la institución, ya que, como

se ha expuesto, esta no constituye una sanción sino, en todo caso, una potestad en manos del Consejo Nacional de la Magistratura a efectos de verificar, justificadamente, la actuación de los magistrados en torno al ejercicio de la función jurisdiccional confiada por siete años.

7. Tal es la interpretación que se debe dar a aquella disposición constitucional ("Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público"), pues, de otra forma, se podrá caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria; produciendo así un trato desigual injustificado. Por ello, sin perjuicio de exhortar al Órgano de la reforma constitucional a que sea este el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación, este Colegiado considera que tales magistrados no están impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

8. Lo expuesto en los Fundamentos 5 a 7 constituye la posición de este Colegiado respecto de los alcances del inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución. Quiere todo ello decir, en resumidas cuentas, que si se asume que la no ratificación no representa una sanción, ello no significa, ni puede interpretarse, como que, por encontrarse en

dicha situación, un magistrado no ratificado se encuentra impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce la institución emplazada, mal puede concebirse que los no ratificados no puedan volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nace de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, para este Tribunal queda claro que una lectura razonable del artículo 154° inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura.

9. En tal momento, conviene señalar que en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableciendo un nuevo precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal Constitucional ya se ha referido en forma, por demás extensa, a las características y parámetros a seguir, a las funciones constitucionales y a las garantías de la tutela procesal efectiva en el proceso de ratificación, así como a las consecuencias de la no ratificación. En ese sentido, no es el objetivo de este Colegiado reiterar lo que ya ha quedado dicho sino, antes bien, y en vista de los alegatos del Consejo Nacional de la Magistratura, efectuar las precisiones que a continuación se explican, y que resultan pertinentes a efectos de resolver la controversia de autos.

10. En principio, y dado que a fojas 66 de autos el Consejo Nacional de la

Magistratura alega que las sentencias expedidas por este Colegiado no constituyen precedente vinculante, esto es, que no existe doctrina jurisprudencial vinculante para el caso materia de litis que la obligue a su cumplimiento (sic), cabe formular algunas precisiones previas.

11. Por un lado, en la STC N.º 3741-2004-AA/TC este Colegiado ha establecido las diferencias entre la llamada jurisprudencia constitucional, presente desde la anterior legislación sobre procesos constitucionales, y el precedente vinculante, de reciente incorporación en el ordenamiento jurídico nacional a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Primera Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica de este Tribunal, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

12. Y, por otro lado, cabe reiterar que en el Fundamento N.º 8 de la STC N.º 3361-2004-AA/TC, que estableció un precedente jurisprudencial vinculante, el Tribunal

Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, dejó claramente sentada su posición en el sentido de que a (...) los criterios establecidos por este Tribunal constituyen la interpretación vinculante en todos los casos de no ratificaciones efectuadas por el CNM con anterioridad a la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano. En dichos casos, los jueces están vinculados y deben aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la fecha de publicación, la actuación del CNM tendría respaldo en la interpretación que este Colegiado habría efectuado respecto de las facultades que a tal institución le correspondería en virtud del artículo 154.º, inciso 2), de la Constitución. Asimismo, este Colegiado declaró expresamente, en la parte resolutoria, que el susodicho Fundamento N.º 8 tiene fuerza vinculante.

13. Hechas la precisiones, cabe puntualizar, complementariamente a lo establecido por este Tribunal, tanto en la STC N.º 3361-2004-AA/TC, como en anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial.

14. No debe perderse de vista que el proceso de ratificación de magistrados resulta ser un proceso sui generis, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución, como el artículo 30.º de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso

es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del periodo de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, entiende este Tribunal, que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato”.

Bono de reconocimiento - ONP

N.º 09381-2005-AA/TC
24/04/2007

”5. El precedente extraíble en el presente caso

9. Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, se concluye que es obligación del Estado, a través de la ONP, supervisar y efectuar correctamente el traslado de las aportaciones de los ciudadanos del sistema público al privado o viceversa, toda vez que por la información con la que cuenta, la ONP es la entidad que tiene mejor capacidad para determinar cuál es el bono de reconocimiento

que le corresponde a cada persona, tal como lo reconoce el artículo 1° del Decreto Supremo N° 180-94-EF.

En consideración de lo expuesto, y de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y a lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0024-2003-AI/TC, este Tribunal considera que las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional en virtud del artículo VII del CPC, puede establecer un precedente vinculante cuando la ONP, en el procedimiento de evaluación de bono de reconocimiento, no puede rechazar el pedido de determinación del valor nominal del bono recurriendo a pretensos impedimentos para acceder a tal solicitud.

B) Regla sustancial: Queda expedito el derecho de los administrados para que en la ONP se pueda reconocer los meses de aporte al SNP, hayan o no estado detallados en la solicitud presentada para la determinación del bono de reconocimiento.

En consecuencia, la Resolución Jefatural N° 029-98-JEFATURA/ONP debe ser inaplicada por la ONP, toda vez que afecta el derecho fundamental al debido proceso de los administrados."

Procedimiento de desafiliación - AFP

N° 07281-2006-AA/TC
04/05/2007

"27. Con tal propósito, el Tribunal Constitucional considera menester

establecer, en el presente proceso constitucional de amparo, precedente vinculante referido a la falta o insuficiencia de información como causal de desafiliación en el siguiente sentido:

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el Estado protege a los usuarios ante la falta de información o la insuficiencia de la misma (artículo 65° de la Constitución); por lo que constituye un supuesto jurídico legítimo para que se pueda dar inicio al trámite de desafiliación de una determinada AFP. En consecuencia, las demandas en trámite, tanto ante el Poder Judicial como ante este Colegiado, deberán ser remitidas a la autoridad administrativa correspondiente, a fin de que se inicie el procedimiento de desafiliación.

(...)

37. Atendiendo a ello, este Colegiado considera necesario establecer también como precedente vinculante las siguientes pautas respecto al procedimiento de desafiliación:

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para

establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que el procedimiento a ser utilizado en el trámite de desafiliación debe ser el que el Reglamento de la Ley N.º 28991 determine; mientras ello suceda, será de aplicación supletoria el procedimiento previsto en el artículo 52º de la Resolución N.º 080-98-EF-SAFP, y teniendo en cuenta lo señalado por este Colegiado en los fundamentos 32 a 36 de la presente sentencia."

Amparo contra amparo

Nº 04853-2004-AA/TC
22/05/2007

"7. Las nuevas reglas del "amparo contra amparo"

39. Sentado lo anterior resulta necesario establecer las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, tanto del "amparo contra amparo" como también respecto del recurso de agravio constitucional a favor del precedente. Estas reglas deben ser interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales pro homine y pro actione, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.

B) Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de "amparo contra amparo", el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) Objeto.- Constituirá objeto del "amparo contra amparo":

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado,

cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de "amparo contra amparo" las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

(2) Pretensión.- El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el "amparo contra amparo" por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

(3) Sujetos legitimados.- Las personas legitimadas para interponer una demanda de "amparo contra amparo" son las siguientes:

a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán

interponer una demanda de "amparo contra amparo" los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de "amparo contra amparo" el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado supra, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

(4) Juez competente.- A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el

valor superior justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

8. Las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente

40. A partir de lo desarrollado supra, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o

porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclama".

Pensión de invalidez por enfermedad profesional

N. ° 10087-2005-AA/TC
31/12/2007

"Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia

20. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

21. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

22. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad

de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

23. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la

pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

24. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

25. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º

de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

26. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por

el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

27. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

28. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para

establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

29. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por

las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de

una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional”.

Pensión de invalidez por enfermedad profesional

N.º 06612-2005-AA/TC
31/12/2007

“Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia

19. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: no existe plazo

de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR

20. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad

profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.

Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional

21. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.

Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de

invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad

22. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas sustanciales son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración. Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: a) Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o

enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

23. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es

necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.

Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

24. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: El Tribunal Constitucional establece que: los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

25. a) *Regla procesal:* El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) *Regla sustancial:* El Tribunal Constitucional establece que: cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR

26. a) *Regla procesal:* El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) *Regla sustancial:* El Tribunal Constitucional establece que: la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba

27. a) *Regla procesal:* El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) *Regla sustancial:* El Tribunal Constitucional establece que: en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un ex trabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se

encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo

28. a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) Regla sustancial: Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto

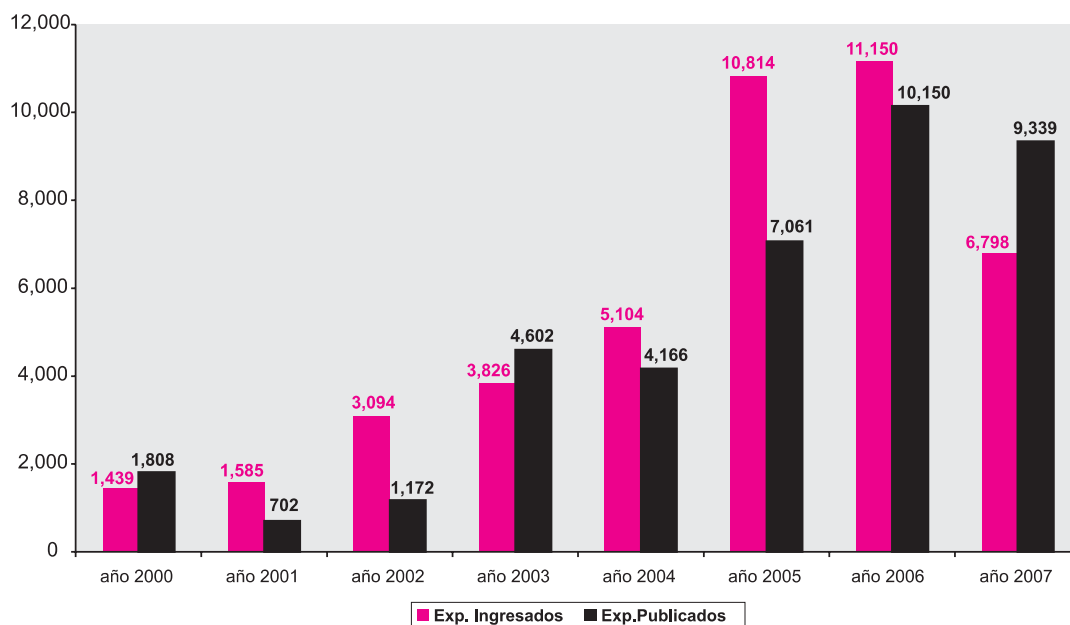
Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivar el expediente.

ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional”.

La labor del Tribunal Constitucional en cifras

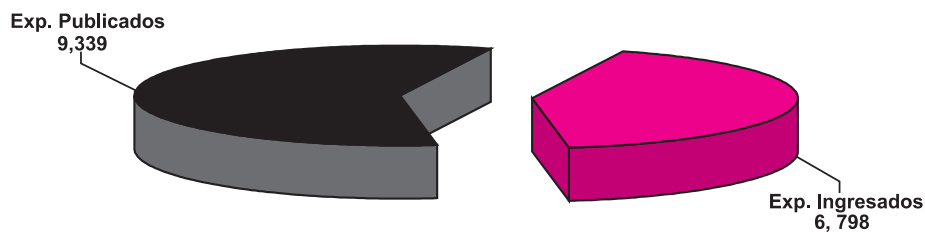
Carga procesal del 2000-2007



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

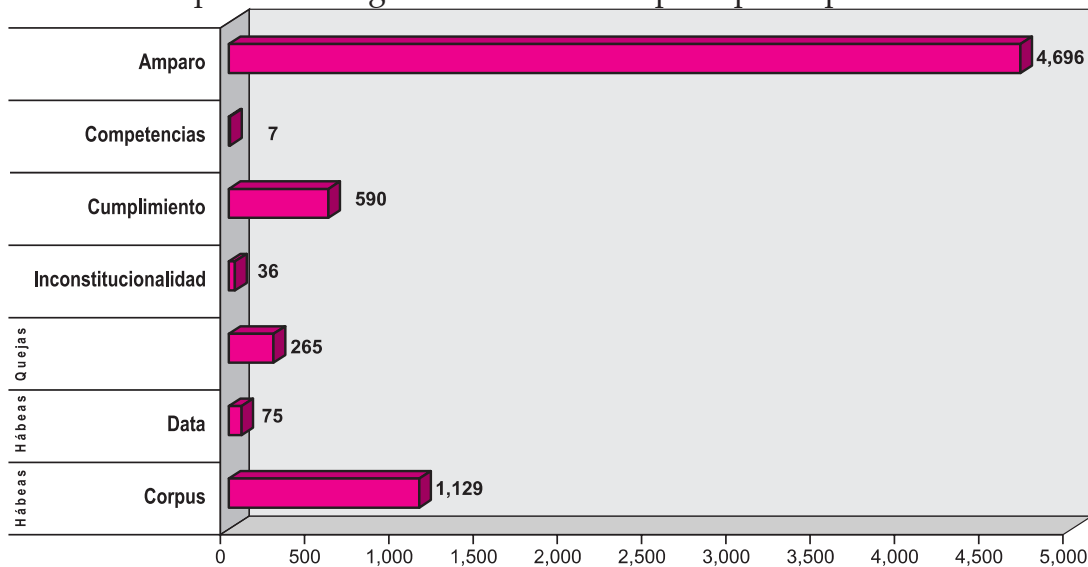
Total de carga procesal del año 2007



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

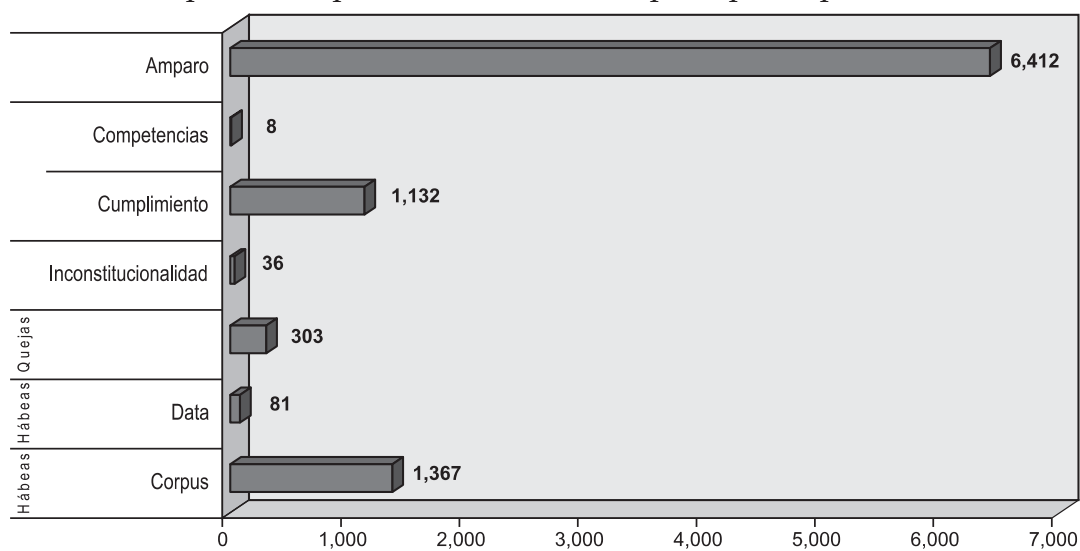
Expedientes ingresados en el 2007 por tipo de procesos



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

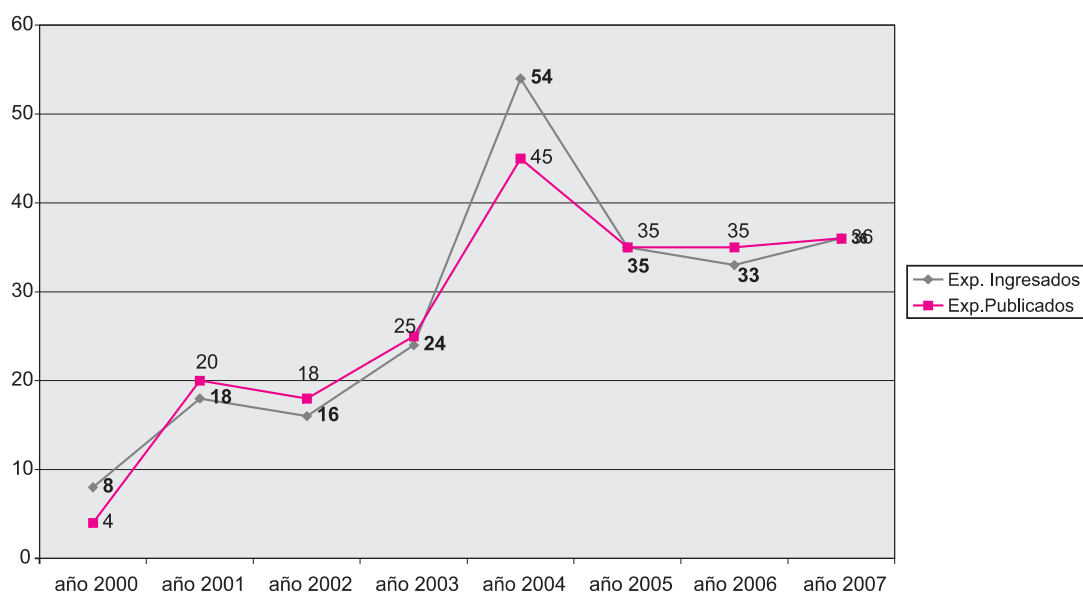
Expedientes publicados en el 2007 por tipo de proceso



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

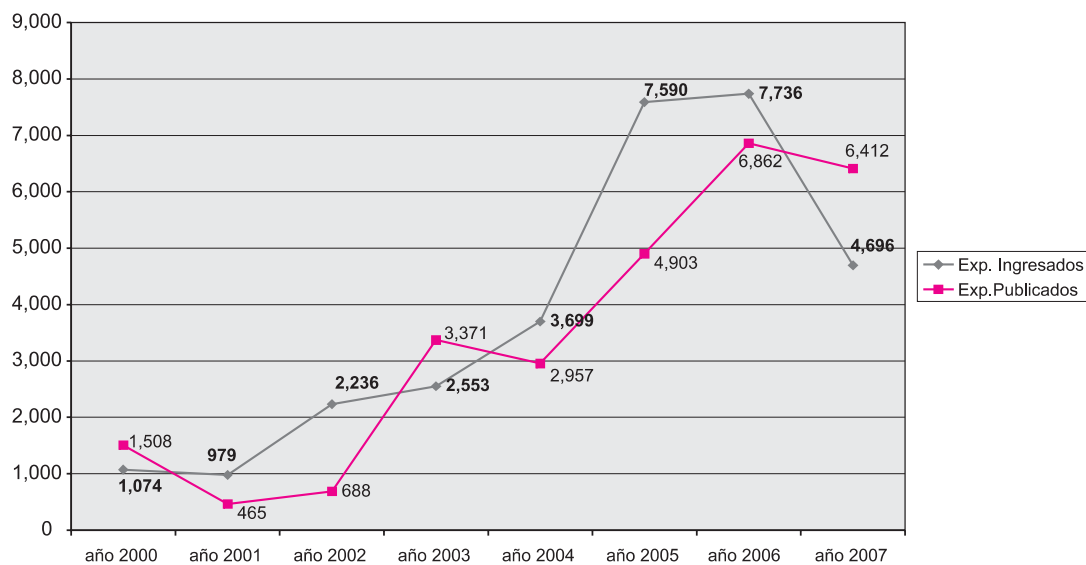
Carga y descarga procesal en procesos de inconstitucionalidad (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

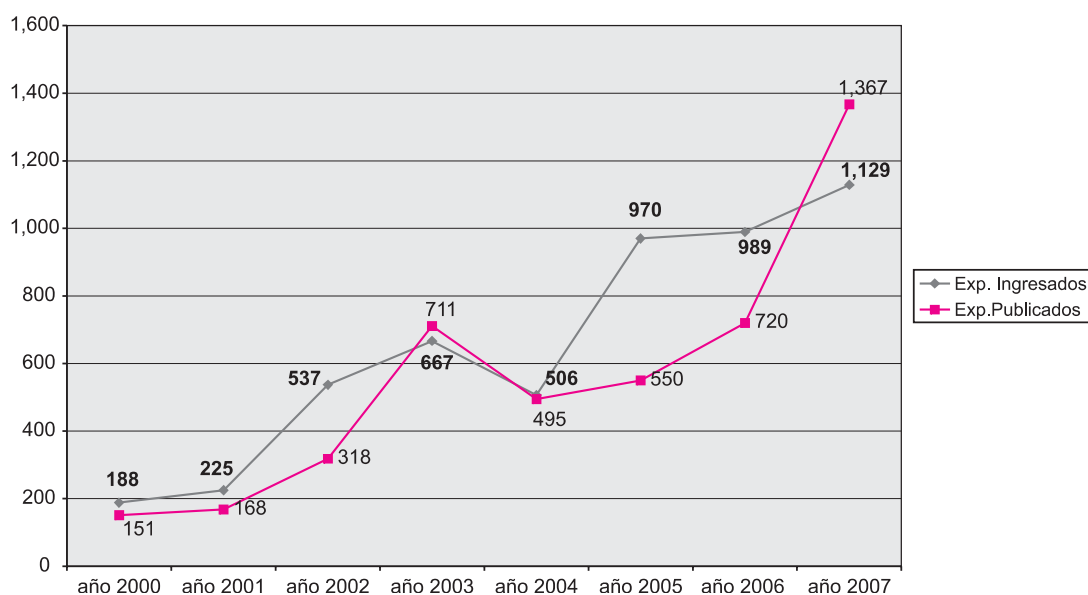
Carga y descarga procesal en procesos de amparo (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

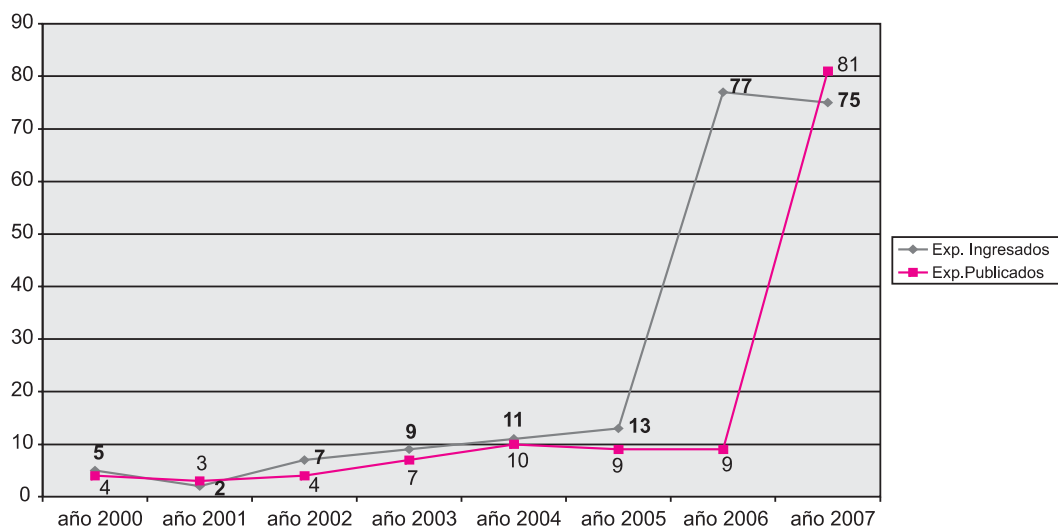
Carga y descarga procesal en procesos de hábeas corpus



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

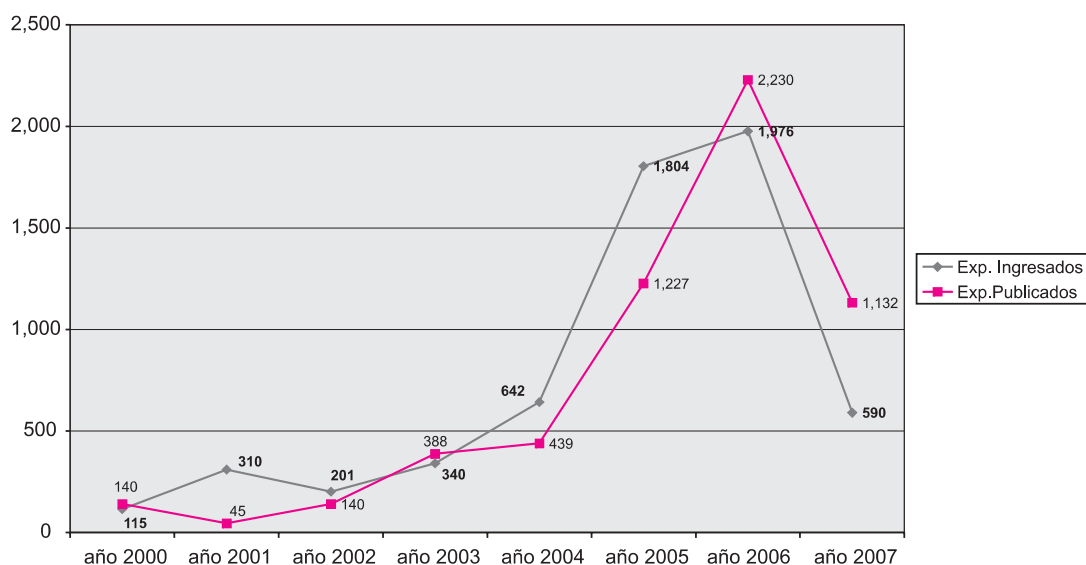
Carga y descarga procesal en procesos de hábeas data (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

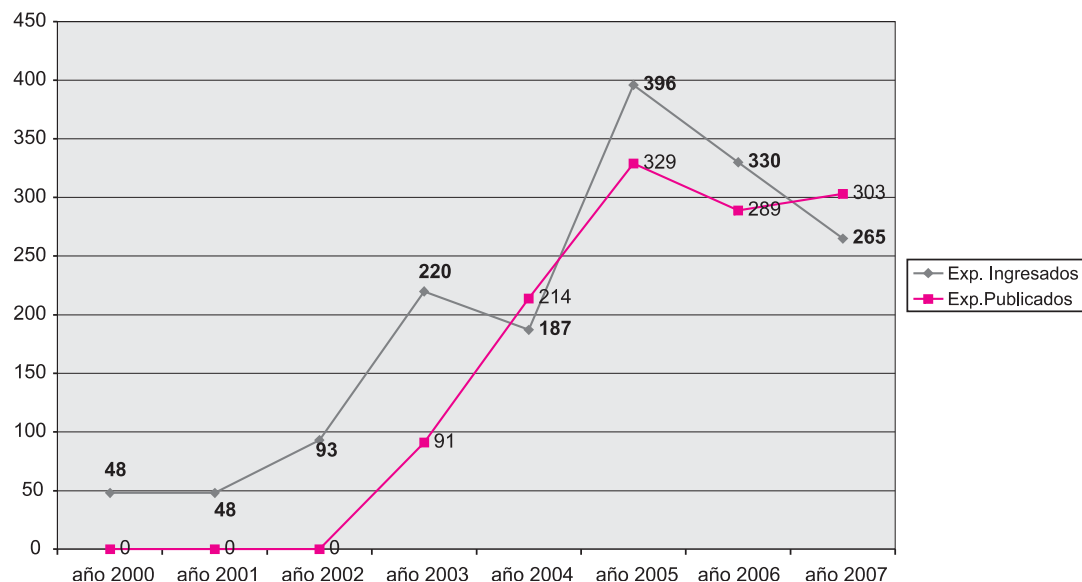
Carga y descarga procesal en procesos de cumplimiento (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

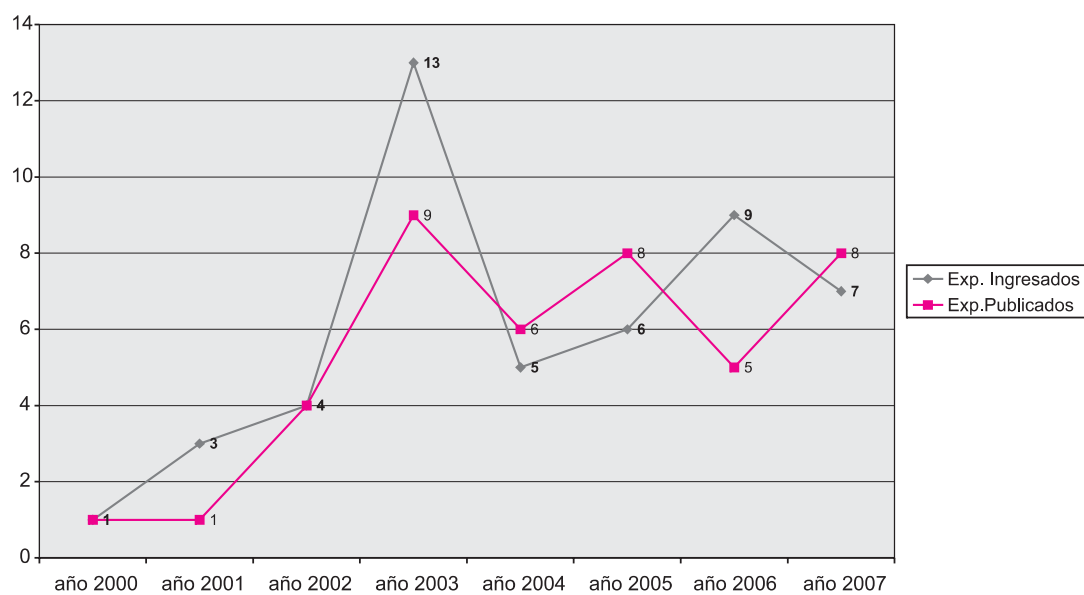
Carga y descarga procesal en procesos de queja (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.

Carga y descarga procesal en procesos de competencia (2000-2007)



Fuente: Página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe), datos publicados el 12 de febrero del 2008.

Elaboración: Consorcio Justicia Viva.



ISBN: 978-603-45094-5-0



9 786034 509450