

A detailed, golden-toned map of South America serves as the background for the entire page. The map shows major cities, rivers, and geographical features. A dark blue rectangular box with a red border is centered over the upper portion of the map, containing the main title.

# ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

17  
2013

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ISSN: 1138-4824, Madrid

2013, núm. 17

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

## CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR: Francisco Fernández Segado  
SECRETARIO: Alberto Oehling de los Reyes

## VOCALES

Raúl Canosa Usera. *Universidad Complutense de Madrid*  
Domingo García Belaunde. *Pontificia Universidad Católica del Perú*  
Ricardo Haro. *Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*  
Jorge Miranda. *Universidad de Lisboa*

## CONSEJO ASESOR

### ARGENTINA

Walter F. Carnota. Univ. Buenos Aires  
Alberto R. Dalla Via. Univ. Buenos Aires  
Antonio María Hernández. Univ. Nal. Córdoba  
Juan Carlos Hitters. Univ. de La Plata  
Dardo Pérez Guillou. Univ. Nal. del Cuyo  
Daniel Alberto Sabsay. Univ. Buenos Aires  
Néstor Pedro Sagués. Univ. Buenos Aires  
Jorge Reinaldo Vanossi. Univ. Buenos Aires  
Alberto Zarza Mensaque. Univ. Nal. Córdoba

### BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas. UPSA  
Pablo Dermizaky Peredo. Univ. San Simón  
Benjamin Miguel Harb. Univ. San Andrés  
Luis Ossio Sanjinés. Univ. Andina  
José Antonio Rivera Santiviáñez. Univ. San Simón

### BRASIL

José Afonso da Silva. Univ. São Paulo  
Celso Antônio Bandeira de Mello. Univ. Católica São Paulo  
José Carlos Barbosa Moreira. Univ. Rio de Janeiro  
Luís Roberto Barroso. Univ. Rio de Janeiro  
Paulo Bonavides. Univ. F. Ceará  
Dalmo A. Dallari. Univ. São Paulo  
Ivo Dantas. Univ. F. Pernambuco  
Gilmar Ferreira Mendes. Supremo Tribunal Fed.  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Univ. São Paulo  
Eros Roberto Grau. Supremo Tribunal Fed.  
Regina María Macedo Nery Ferrari. Univ. Curitiba  
José M.<sup>a</sup> Othon Sidou. Academia Brasileira Letras Jurídicas  
Lenio Luiz Streck. UNISINOS, Porto Alegre.

### COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa. Univ. los Andes  
Eduardo Cifuentes Muñoz. Univ. los Andes  
Augusto Hernández Becerra. Univ. Externado  
Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional  
Julio César Ortiz. Univ. Externado  
Carlos Restrepo Piedrahita. Univ. Externado  
Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional  
Jaime Vidal Perdomo. Corte Constitucional

### COSTA RICA

Rubén Hernández Valle. Univ. de Costa Rica  
Luis Paulino Mora Mora. Tribunal Supremo

### CUBA

Diego F. Cañizares Abeledo. Univ. La Habana  
Eduardo Lara Hernández. Unión Nac. Juristas

### CHILE

José Luis Cea Egaña. Univ. Católica  
Humberto Nogueira Alcalá. Univ. Talca  
Lautaro Ríos Álvarez. Univ. Valparaíso  
Fernando Saenger Gianoni. Univ. Católica de Concepción  
Alejandro Silva Bascuñán. Univ. Central

### ECUADOR

Rodrigo Borja. Univ. de Quito  
Oswaldo Cevallos Bueno. Tribunal Consti.  
Hernán Salgado Pesantes. Univ. Católica

### EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya. Univ. El Salvador  
Mario Antonio Solano Ramírez. Trib. Supremo

### ESPAÑA

Eliseo Aja. Univ. Barcelona  
Óscar Alzaga. UNED  
Miguel Ángel Aparicio. Univ. Barcelona  
Manuel Aragón Reyes. Trib. Constitucional  
Roberto L. Blanco Valdés. Univ. Santiago  
José Luis Cascajo. Univ. Salamanca  
Javier Corcuera Atienza. Univ. País Vasco  
Pedro Cruz Villalón. Univ. Autónoma Madrid  
Eduardo Espín Templado. Tribunal Supremo  
Teresa Freixes Sanjuán. Univ. Autónoma de Barcelona  
Manuel B. García Álvarez. Univ. León  
Mariano García Canales. Univ. Murcia  
Javier García Fernández. Univ. Alicante  
Javier García Roca. Univ. Valladolid  
Ángel Garrorena Morales. Univ. Murcia  
Pedro J. González-Trevijano. Univ. Rey Juan Carlos  
Javier Jiménez Campo. Tribunal Constitucional  
Manuel Jiménez de Parga. Univ. Complutense  
Juan Fernando López Aguilar. Univ. Las Palmas  
Luis López Guerra. Univ. Carlos III  
Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Tribunal Supremo  
Raúl Morodo Leoncio. Univ. Complutense  
Joan Oliver Araújo. Univ. Islas Baleares  
Alberto Pérez Calvo. Univ. Pública Navarra  
Pablo Pérez Tremps. Tribunal Constitucional  
Antonio Porras Nadales. Univ. Sevilla  
Francisco Rubio Llorente. Consejo Estado  
Pedro de Vega. Univ. Complutense  
Jaume Vernet i Llobet. Univ. Tarragona

### GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia. UNAM-Univ. de San Carlos  
Carmen M.<sup>a</sup> Gutiérrez de Colmenares. Tribunal Constitucional

### HONDURAS

José Rolando Arriaga M. Tribunal Supremo

### MÉXICO

José Barragán Barragán. UNAM  
José Ramón Cossío D. Suprema Corte de Just.  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor. UNAM.  
Héctor Fix-Zamudio. UNAM  
Sergio García Ramírez. Corte Interamericana  
Mario Melgar Adalid. UNAM

J. Jesús Orozco Henríquez. Tribunal Electoral Federal  
José Ovalle Favela. UNAM  
José Luis Soberanes Fernández. Comisión Nacional de Derechos Humanos  
Diego Valadés. UNAM  
Salvador Valencia Carmona. UNAM  
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. UNAM

### NICARAGUA

Iván Escobar Fornos. Tribunal Supremo

### PANAMÁ

Arturo Hoyos. Tribunal Supremo  
Francisco Rodríguez Robles. Univ. de Panamá

### PARAGUAY

Luis Lezcano Claude. Tribunal Supremo  
Jorge Seall-Sasiain. Univ. de la República

### PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros. Univ. Católica del Perú  
Alberto Borea Odria. Univ. del Perú  
Francisco J. Eguiguren Praeli. Univ. Católica  
César Landa Arroyo. Univ. Católica  
Marcial Rubio Correa. Univ. Católica del Perú

### PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho. Univ. Coimbra  
Vital M. Moreira. Univ. de Coimbra  
Afonso d'Oliveira Martins. Univ. Os Lusíadas  
María Fernanda Palma. Tribunal Constitucional  
Marcelo Rebelo de Sousa. Univ. de Lisboa

### URUGUAY

Rubén Correa Freitas. Univ. de la Empresa  
Eduardo Esteve Gallicchio. Univ. Católica  
Daniel Hugo Martins. Univ. de Punta del Este  
Martín Risso Ferrand. Univ. Católica de Uruguay

### VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren. Univ. Cat. Andrés Bello  
José Guillermo Andueza. Univ. Central de Venezuela  
Carlos M. Ayala Corao. Univ. Católica Andrés Bello  
Allan R. Brewer-Carías. Univ. Central de Venezuela  
Josefina Calcaño de Temeltas. Academia de Legislación y Jurisprudencia  
Ricardo Combellas. Univ. Central de Venezuela

# EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2012 (BALANCE JURISPRUDENCIAL)

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS\*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. CARGA PROCESAL 2012.—III. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS.—IV. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS.—V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

Durante el periodo correspondiente al año 2012, la producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha caracterizado, no sólo por un relativo decrecimiento cuantitativo, sino también y como lo veremos más adelante, por una cierta infrecuencia de casos pasibles de ser considerados relevantes.

La situación descrita, no ha significado naturalmente que no hayan existido casos importantes, sino simplemente que los mismos, no se han dado en la misma medida o con la misma frecuencia que en otros calendarios anuales.

El presente trabajo, de todas formas, procurará abarcar aquellas ejecutorias que a nuestro juicio pueden considerarse como de mayor incidencia o impacto, sea por sus indudables aciertos, sea por el sesgo polémico que pueda acompañarles.

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional Peruano. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

## II. CARGA PROCESAL 2012

Durante el presente tramo (2012) ingresaron al Tribunal Constitucional un total de 5,286 expedientes, habiéndose expedido formalmente, la cantidad 4,176 resoluciones<sup>1</sup>.

## III. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

Son diversas las resoluciones que pueden considerarse como relevantes en el ámbito de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento. Estas últimas han sido seleccionadas en atención a su contenido o las incidencias que de una u otra forma han generado.

A) Sobre la concesión de un recurso de queja por denegatoria de un recurso de apelación por salto promovido por la parte demandada a favor del cumplimiento de una sentencia constitucional desestimatoria (Exp. N° 00322-2011-Q/TC. Caso: Walter Arturo Muñoz Cho).

Se iniciaría el año 2012, con la expedición de una resolución que de alguna forma generaría controversia, no sólo por los antecedentes que le precedían, sino por el tipo de consecuencias que de cara a lo que finalmente sería dispuesto, podría ocasionarse sobre futuros reclamos en materia de cumplimiento de sentencias constitucionales.

En efecto, mediante resolución publicada con fecha 06 de Enero del 2012, el Tribunal daría luz verde a un recurso de queja promovido por don Walter Arturo Muñoz Choa consecuencia de haber sido denegado el recurso de apelación por salto que éste último había interpuesto a favor del cumplimiento de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el curso de un proceso constitucional de tutela<sup>2</sup>.

Conviene recordar al respecto que en el año 2010, el Colegiado había conocido de un proceso de amparo promovido por la Pontificia Universi-

---

<sup>1</sup> Estos datos estadísticos comprenden la totalidad del calendario 2012 es decir, desde el 01 día de Enero hasta el último día del mes de Diciembre. Agradecemos el apoyo recibido en este aspecto, por el Lic. José Fernández Rodríguez, de la Oficina de Presupuesto y Estadística del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional habilitó hace algunos años el recurso de apelación por salto como un mecanismo de protección de la eficacia de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que por diversas razones no se vengán cumpliendo en la etapa procesal de ejecución (Cfr. Exp. 0004-2009-PA/TC. Caso: Roberto Alleca Atachahua). Un breve comentario de esta ejecutoria lo tenemos en SÁENZ DÁVALOS, Luis.- «El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2010 (Balance Jurisprudencial)» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 15; Madrid 2011; Págs. 702-703.

dad Católica precisamente contra el citado señor Muñoz Choen su condición de representante de la Junta Administradora de los bienes heredados de don José de la Riva Agüero y Osma (Exp. N° 03347-2009-PA/TC. Caso: Pontificia Universidad Católica del Perú)<sup>3</sup>. El resultado de dicho proceso, donde Muñoz Cho era demandado, sería finalmente desestimatorio (la demanda sería declarada infundada), motivo por el se suponía que la controversia, por lo menos en cuanto al tema objeto de reclamo, había quedado formalmente cerrado.

Tiempo después sin embargo y a consecuencia de que alguno de los fundamentos utilizados en la citada sentencia constitucional supuestamente habían definido ciertas situaciones jurídicas en relación a las facultades de la Junta Administradora de los bienes heredados de don José de la Riva Agüero y Osma, el señor Muñoz Cho solicitaría que uno de los procesos judiciales ordinarios que aún mantenía la Junta con la Pontificia Universidad Católica del Perú (proceso sobre Declaración Judicial con Exp. N° 29106-2008), se resuelva con sujeción a lo señalado por el Tribunal Constitucional. En tal sentido y al haberse negado sus pedidos en el curso del referido proceso judicial, consideró que tal proceder representaba un incumplimiento de la ejecutoria constitucional, particularmente de lo señalado en varios de sus fundamentos (no así de su parte resolutive, que en rigor no había ordenado nada, al ser el fallo, como se dijo, desestimatorio). A tal aseveración, también agregaría, que una resolución aclaratoria del mismo Tribunal<sup>4</sup>, había ordenado, sujetarse a lo dispuesto en el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que no podía ser desconocido por la justicia ordinaria.

Al no tener eco sus pretensiones en el ámbito de la justicia ordinaria, el señor Muñoz Chosolicitaría ante el Vigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima y en vía de ejecución de la sentencia del proceso de amparo resuelto en su día por el Colegiado constitucional, que se proceda a la inaplicación de las resoluciones emitidas en el curso del proceso sobre declaración judicial con fechas 11 de Abril del 2011 (Décimo Sexto Juzgado Especializado Civil de Lima) y 23 de Septiembre del 2011 (Quinta Sala Civil de Lima). Como la respuesta en esta ocasión también sería negativa, es que plantearía su recurso de apelación por salto y ante la negativa de este, el recurso de queja directamente ante el propio Tribunal Constitucional.

---

<sup>3</sup> Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis.- «El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2010 (Balance Jurisprudencial)» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 15; Madrid 2011; Pág. 684.

<sup>4</sup> Resolución Aclaratoria de fecha 12 de Julio del 2010.

Lo que finalmente resolvería el Colegiado y que en estricto es lo que nos corresponde comentar es que el recurso de queja era fundado principalmente por tres razones **a)** Lo que vincula de una sentencia constitucional no es sólo la parte resolutive sino también su parte considerativa, **b)** No sólo de las sentencias estimativas es que pueden derivarse mandatos concretos, sino también de las de carácter desestimatorio, y **c)** Mediante resolución aclaratoria emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 12 de Julio del 2010, se ordeno al Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima (dependencia que venía conociendo del proceso sobre declaración judicial) sujetarse a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y a la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Varias son las cosas que puede apreciarse de la citada fundamentación.

En cuanto a lo primero, efectivamente acierta el Tribunal en sostener que el carácter vinculante de una sentencia no se limita única o exclusivamente a la parte resolutive de la sentencia sino también a la considerativa que es la que a fin de cuentas permite conocer las razones que sustentan o justifican una determinada decisión. En este contexto, sería absurdo pensar que lo único que guía la actuación de un juez o Tribunal observante de la jurisprudencia del Colegiado, sólo es lo que aparece en la parte del fallo y no así en lo que se describe en la *ratio decidendi*.

Sobre lo segundo, también es cierto y es bueno recordarlo, que no sólo pueden existir mandatos concretos en las sentencias estimatorias, sino también, aunque por excepción, en las de carácter desestimatorio. Prueba de lo dicho son los casos que precisamente y a modo de antecedentes reivindica el Tribunal en la decisión comentada, referidos al impuesto temporal a los activos netos (ITAN). Lo que sin embargo omite mencionar el Colegiado es que en casos como los mencionados, las sentencias respectivas establecen con toda precisión, unos efectos temporales en las exigencias tributarias por concepto de intereses moratorios. No es pues que el mandato se asome como algo implícito o derivado de la sentencia, como al parecer, quiere darse a entender, sino que tales mandatos aparecen de forma clara y concreta, de lo contrario el carácter específico que debe rodear a todo mandato perdería objetividad, siendo pasible de controversias en torno a su existencia.

En este escenario valdría la pena contrastar si en la sentencia emitida por el Colegiado dentro del Expediente N° 03347-2009-PA/TC (que es la que ha originado toda esta discusión) existían o no unos mandatos concretos similares o mínimamente parecidos a los contenidos en las ejecutorias constitucionales referidas al ITAN. Tal es a nuestro juicio el tema esencial, no simplemente el de sostener que hay mandatos objetivos *per se*.

La tercera consideración utilizada por la resolución reitera algo que

nadie puede poner en tela de juicio y que antes bien debe ser defendido; la observancia irrestricta por parte de jueces y tribunales a lo que dispone el Tribunal Constitucional a través de sus interpretaciones en materia constitucional. Ello no obstante, el tema en el caso planteado, no es tanto la citada observancia con la que en principio y como ya se ha dicho, todos estamos de acuerdo, sino la existencia o no de las citadas interpretaciones. De lo contrario, todo el discurso no pasa sino de un simple enunciado.

El Poder Judicial, por supuesto, no puede desvincularse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a menos que se encuentre dentro de supuestos excepcionalísimos (jurisprudencia supranacional en sentido opuesto a la del Colegiado constitucional, opciones de tutela más beneficiosas, etc.). Sin embargo en el caso de autos, la discusión es una totalmente distinta. Ella gira en torno a si puede o no gozar de autonomía para resolver casos en los que pese a que la materia es la misma, no ha recibido ningún tipo de condicionamiento por vía de interpretaciones desde la perspectiva estrictamente constitucional. Es ese el dilema y uno que mientras no pueda ser respondido, puede ser generador de indudables fisuras entre las competencias asumidas por el Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional.

En alguna otra oportunidad y refiriéndonos precisamente a la sentencia recaída en el Exp. N° 03347-2009-PA/TC decíamos que en la misma, el Tribunal se había pronunciado no precisamente como un juez de la Constitución (como un intérprete de sus derechos) sino como un juez ordinario al analizar asuntos de típica legalidad infra constitucional (voluntad testamentaria)<sup>5</sup>. Pues bien, es eso lo que precisamente se observa en este nuevo caso, un reclamo por que se respete (o acate) lo que el Tribunal dijo cuando eso mismo no parecía ser precisamente propio de sus competencias.

Si acaso existieran las consabidas interpretaciones constitucionales en torno de un derecho o principio, la respuesta pareciera ser suficientemente clara (hay que seguir lo que dice el Tribunal), pero si las consideraciones efectuadas por el Colegiado, no fuesen sino apreciaciones de mera legalidad, donde no existió interpretación constitucional alguna, el reclamo por un acatamiento de sentencia pareciera ser algo bastante discutible, en el mejor de los casos.

Desde nuestro punto de vista creemos que en la sentencia emitida en el Exp. N° 03347-2009-PA/TC no hubo en estricto interpretaciones constitucionales sobre derechos o principios, sino enjuiciamientos en torno a temas de mera legalidad ordinaria, donde poco o nada tenía que hacer el Tribunal Constitucional. Siendo esto así, aparece opinable que el Colegiado, vía la resolución que ahora se comenta, pretenda considerar legítimo

<sup>5</sup> Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis.- Art. Cit.- Pág. 684.

el recurso de apelación por salto a favor del cumplimiento de una sentencia constitucional, como legítimo el recurso de queja contra la resolución que lo deniega.

Tema colateral que acompaña a esta misma resolución y que tampoco puede pasarse por alto, reposa en el hecho de haberse permitido prácticamente de modo implícito y sin ninguna fundamentación de por medio, que el recurso de apelación por salto, pueda haber sido promovido por la parte demandada de un proceso de amparo y no por la parte demandante, como se supone, debería ocurrir.

Lo señalado no es un simple desiderátum. La existencia de recursos a favor del cumplimiento de sentencias (Exp. N° 168-2007-Q/TC, Exp. N° 0201-2007-Q/TC, Exp. N° 0004-2009-PA/TC) se sustenta en el principio de eficacia de lo decidido, regla que si suele invocarse por la parte demandante de un proceso es fundamentalmente porque a ella más que a nadie le interesa que la sentencia sea no solo cumplida en sus reales términos, sino porque dicho cumplimiento sea inmediato o dentro de un periodo mínimamente razonable. Basta leer los fundamentos de las sentencias arriba mencionadas para así corroborarlo.

Pensar que los recursos a favor del cumplimiento de sentencias también pueden ser deducidos por la parte emplazada (por lo general, perdedora en los casos vinculados a este tipo de reclamos) es algo que se presta a controversia. Y no es que no puedan existir supuestos en los que efectivamente, a la parte demandada también le interese que una sentencia pueda ser cumplida, pero asumir que tal escenario es algo absolutamente normal o que la legitimación en estos casos es igual a la que ostenta la parte demandante, puede resultar a la postre bastante peligroso por no decir, desnaturalizador. Bien podría suceder que dicha parte (la demandada), promueva este tipo de medios impugnatorios, no precisamente porque pretenda que la sentencia sea cumplida, sino como una forma de extender la controversia y por ende el cumplimiento efectivo de la sentencia, hasta que el órgano decisorio pueda pronunciarse, lo que podría resultar extremadamente pernicioso en aquellos casos en los que se encuentre en juego la irreparabilidad de un derecho. A la larga, la búsqueda por ampliar la legitimación procesal, podría terminar desvirtuando la propia naturaleza del recurso de apelación por salto.

En tales circunstancias somos de la idea que si el Tribunal (de cara a lo que ha permitido vía la comentada resolución) ratificara que los recursos a favor del cumplimiento de sentencias constitucionales, también pueden ser deducidos por la parte demandada de un proceso<sup>6</sup>, dicha legitima-

---

<sup>6</sup> Un antecedente de la posición asumida en éste caso por el Colegiado lo encontramos en la sentencia recaída en el Exp. N° 01939-2011-PA/TC (Caso: Gobierno Regional del Cusco y

ción debiera quedar restringida a casos de suyo excepcionalísimos y bajo advertencia de sanción pecuniaria en el supuesto de acreditarse mala fe procesal o lo que es lo mismo, la voluntad de aletargar el cumplimiento efectivo de una sentencia constitucional.

B) Sobre el control de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluaciones (Exp. N° 03891-2011-PA/TC. Caso: César José Hinostroza Pariachi).

Otra de las sentencias fuertemente discutida por algunos sectores de opinión, sería la publicada con fecha 25 de Enero del 2012 en el curso del proceso de amparo promovido por don César José HinostrozaPariachi contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). La controversia en esta ocasión, traía como novedad el cuestionamiento de una decisión vinculada no a temas de ratificación o sanción de Magistrados, como tradicionalmente y hasta ese momento lo venía manejando la jurisprudencia, sino a un proceso de evaluación.

Lo que reclamaba el demandante era el hecho de que pese a haber obtenido las mejores o más altas calificaciones curriculares y personales durante el proceso de evaluación en el que participó, el Consejo emplazado, de manera contradictoria, no haya procedido a su nombramiento como Fiscal Supremo, que era el cargo al que precisamente venía postulando. De acuerdo con lo que se señalaba en la demanda, la motivación utilizada en el Acuerdo N° 0176-2011 resultaba irrazonable pues mientras por un lado reconocía sus altas calificaciones académicas y condiciones personales, al mismo tiempo, consideraba que no contaba con una trayectoria éticamente irreprochable, haciendo eco de determinados cuestionamientos formulados por un medio de comunicación social (haber intervenido como abogado patrocinante de un ciudadano extranjero al que se le imputaba la comisión de tráfico ilícito de drogas; haber incurrido en presunto enriquecimiento ilícito al haber adquirido un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica).

El Tribunal Constitucional optaría en este caso por emitir un pronunciamiento estimatorio acogiendo como ciertas las aseveraciones de la par-

---

Otro). Curiosamente en aquella pasada ocasión, no se hizo mayor debate sobre la legitimidad que ostentaba la entidad que por entonces promovió el recurso de agravio constitucional (Presidencia del Consejo de Ministros) pese a que no era ésta última parte procesal de dicha causa. Esta situación de pronto se explicaba por la fuerte carga política que rodeaba a dicha controversia (dos gobiernos regionales se enfrentaban) y que al margen de cualquier detalle, quedaría zanjada de una manera bastante adecuada. Un breve comentario de esta ejecutoria lo tenemos en SÁENZ DÁVALOS, Luis.- «El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2011 (Balance Jurisprudencial)» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 16; Madrid 2012; Págs. 624-626.

te demandante, ya que a su entender, el objetado Acuerdo adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura, resultaba contrario al principio motivación resolutoria. De acuerdo con las razones que expone el Colegiado, ninguno de los cuestionamientos formulados contra el recurrente justificaba el considerar su trayectoria como éticamente reprochable.

En relación con el primer cargo, argumentaría la sentencia que el patrocinio realizado por el recurrente se limitó a la etapa estrictamente policial, habiendo sido desarrollado en la época en la que el demandante se encontraba fuera del Poder Judicial. Por lo demás, dicho patrocinio no comprendió el posterior proceso penal seguido por delito de tráfico ilícito de drogas contra ciudadano extranjero, debiéndose tener en cuenta que el recurrente, tras ser reincorporado como Magistrado del Poder Judicial, en ningún momento tuvo participación en el mismo.

Por otro lado y en cuanto al segundo cargo, alegaría el Colegiado, que la compra de un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, ya era conocida por el Consejo Nacional de la Magistratura desde hace varios años atrás, habiendo quedado absolutamente definido que la misma se había realizado mediante un crédito hipotecario pagadero en treinta años y en una época en la que el demandante, igualmente, se encontraba fuera de la judicatura.

La ejecutoria, por último, agregaría que respecto a los citados cuestionamientos se inició una investigación a nivel de Ministerio Público, la misma que en su día quedó finalmente archivada.

En resumidas cuentas y a decir de la sentencia constitucional, el proceder del Consejo emplazado de ninguna manera resultaba congruente, pues los elementos de cuestionamiento a la luz de los esclarecimientos realizados, no respaldaban la decisión de omitir el nombramiento del recurrente, para el cargo al que postulaba. Bajo tales circunstancias, no sólo se declarararía fundada la demanda interpuesta sino que decretaría la nulidad del Acuerdo adoptado, disponiéndose que el Consejo proceda a emitir un nuevo Acuerdo, respetando en forma debida el principio de motivación resolutoria.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que no es imposible que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura puedan muy excepcionalmente o dentro de circunstancias muy concretas, ser revisadas aún en materia de procesos de evaluación. El referente legitimador de tal proceder sería en esencia el factor motivación resolutoria, pues queda claro que las decisiones, cualquiera que sea su conclusión o la naturaleza del órgano de quien emanen, no pueden encontrarse sustentadas en una discrecionalidad equívocamente entendida como absoluta. La jurisprudencia constitucional precedente ha sido por lo demás reiterativa en este sentido al señalar que no pueden existir ámbitos exentos del control constitucional.

Sin embargo, el que la Justicia constitucional pueda ejercer dichas atribuciones, no significa tampoco que en el caso comentado hayan sido necesariamente utilizadas de la manera más correcta. En efecto, somos de la idea de que cuando se trata de Magistrados y del perfil que se les exige, ha de estarse a la teoría de las apariencias, no siendo suficiente que quienes pretenden ejercer dicha función, no hayan incurrido en hechos pasibles de cuestionamiento desde la perspectiva estrictamente legal, sino que también carezcan de observaciones que de alguna manera desdibujen o pongan en entredicho la buena imagen que de ellos se espera. Sin que se tenga que decir que tales observaciones tengan que ser constitutivas de ilícitos penales, ha de esperarse de todo buen Magistrado o de quien aspira a serlo, un bien ganado prestigio, solo percibible cuando la opinión pública no encuentra reparos en su eventual nombramiento. Si este aspecto hubiese sido tomado en cuenta por el Tribunal, otro podría haber sido el raciocinio utilizado.

Ahora bien, lo dicho de ninguna manera supone que el Consejo demandado, no haya facilitado de alguna manera el cuestionamiento. Su acuerdo para ser consecuentes con la verdad tampoco argumenta (o en todo caso, no lo hace de modo suficiente) en pro del perfil exigible a todo Magistrado, dando la sensación de efectiva incongruencia entre las premisas de la que parte y las conclusiones a las que llega. Ha sido esa, pensamos, la razón del porque el Colegiado constitucional se inclinaría por revisarla.

En todo caso, lo que debe quedar perfectamente claro es que la sentencia en ningún momento le ha dicho al Consejo que nombre al demandante en el cargo al que venía postulando, como algunos sectores de opinión lo han pretendido dar a entender, lo que ha establecido es que se emita una nueva resolución debidamente sustentada.

C) Sobre la pertinencia de la Prueba de ADN en toda clase de procesos donde se dilucide en torno al derecho fundamental a la identidad (Exp. N° 0227-2011-PA/TC. Caso: Renzo Fabrizio Mariani Secada).

Dentro de las ejecutorias relevantes emitidas en el periodo seleccionado, especial comentario nos merece la publicada con fecha 27 de Enero del 2012 con motivo del proceso de amparo interpuesto por don Renzo Fabrizio Mariani Secada contra la titular del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, doctora Patricia Vallejos Medina y contra doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia.

Objeto de controversia en esta ocasión era a juicio del demandante, la resolución emitida por la autoridad judicial demandada dentro del proceso sobre declaración judicial de paternidad extramatrimonial promovido por

doña Ludovica del Cisne Matriani Tapia, mediante la cual y para mejor resolver, se había dispuesto la actuación de oficio de la prueba de ADN sobre los restos de quien fuera su padre, don Antonio Mariani Calandra. A entender del recurrente de amparo, la actuación de la citada prueba vulneraba su derecho fundamental al debido proceso habida cuenta que no tenía por finalidad probar ningún asunto controvertido y por otra parte, tampoco podía ser ordenada por el Juez de Familia, sino únicamente por el Juez de Paz Letrado quien resultaba ser el juez natural para dicho propósito.

La autoridad judicial demandada contestaría la demanda argumentando la pertinencia de la prueba ordenada y que la actuación de un medio probatorio como el ADN, no implica cambio alguno en la competencia procesal. Por su parte, la demandada Ludovica del Cisne Mariani Tapia, también contestaría la demanda, señalando que en tanto los puntos controvertidos tenían por objeto determinar si don Juan Mariani Calandra es su padre, la prueba del ADN resultaba sustento legítimo de su demanda. A su turno el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial alegaría la improcedencia del amparo como mecanismo para cuestionar resoluciones emitidas en un proceso regular.

En su momento y tras ser desestimada la demanda en la vía judicial el caso sería conocido por el Tribunal Constitucional, quien finalmente declarararía infundada la demanda por considerar que la prueba de ADN sobre los restos de don Juan Antonio Mariani Calandra resulta plenamente pertinente a efectos de dilucidar sobre la pretensión de declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial invocada. Por otra parte enfatizaría en que detrás de toda solicitud de declaración de paternidad subyace el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, atributo que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación de la prueba del ADN, siendo que esta última no puede encontrarse circunscrita o limitada en su utilización a un solo y específico proceso judicial, sino que por el contrario puede ser perfectamente ordenada y actuada en todo tipo de proceso, cuando de por medio se encuentre el derecho a la identidad, tanto más cuando el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicas y atípicas) a fin de acreditar los hechos expuestos por las partes y que puedan generar certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos.

A nuestro criterio la ejecutoria utiliza un razonamiento adecuado al destacar la pertinencia de un medio probatorio como el ADN en todo tipo de proceso donde de por medio se encuentre involucrado el derecho a la identidad. Pretender, como lo hacía la parte demandante de esta causa, que el uso de tan importante medio probatorio sea un tema rigurosamente tributario de determinados tipos de proceso, no se compadece con el carácter fundamental de dicho medio de prueba y la incidencia que puede tener

en la determinación de diversas pretensiones vinculadas a la identidad personal y los contenidos que esta supone.

D) Sobre la inclusión de las utilidades como parte integrante de los ingresos que percibe un trabajador pasible de cumplimiento en sus deberes alimentarios (Exp. N° 0750-2011-PA/TC. Caso: Amanda Odar Santana).

Sentencia de particular interés sería publicada con fecha 01 de Febrero del 2012 dentro del proceso de amparo promovido por doña Amanda Odar Santana contra el Juez del Juzgado de Paz Letrado de San Luis, doctor Pedro Romero Nuñez, la Jueza a cargo del Décimo Juzgado de Familia de Lima, doctora Patricia Pando Simonetti y el ciudadano don Marco Oyanguren León.

Lo que se reclamaba en este caso se circunscribía a lo actuado en fase de ejecución de sentencia de un proceso de alimentos iniciado por doña Amanda Odar Santana en el que previamente y de conformidad con lo solicitado en la demanda, se había dispuesto por sentencia definitiva que don Marco Oyanguren León, acuda tanto a la citada recurrente como a sus menores hijos, con el cincuenta por ciento del total de sus ingresos, incluidos bonificaciones especiales, horas extras, aumentos, vacaciones, gratificaciones, escolaridad y demás ingresos adicionales percibidos por el demandado en su condición de trabajador de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Según se alegaba, las instancias en fase de ejecución, a pesar de lo dispuesto en la citada sentencia, interpretaron que el concepto «utilidades» no se encontraba comprendido dentro de lo expresamente solicitado, motivo por el que desestimaron el pedido de la demandante para que se descuenta al obligado las utilidades que percibe vulnerando de este modo sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

A su turno la Procuraduría Pública de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, había alegado que el concepto utilidades, no fue especificado expresamente en la demanda planteada y en todo caso tampoco formaba parte de la remuneración.

Tras ser desestimado el amparo planteado en las instancias del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional resolvería estimatoriamente esta causa dejando en claro que mediante la demanda de alimentos originalmente planteada, se había petitionado los alimentos tomando en cuenta el total de ingresos percibidos por el demandado, incluidas las bonificaciones especiales, horas extras, aumentos, vacaciones, gratificaciones, escolaridad y demás ingresos adicionales, rubro este último que debía interpretarse como inclusivo del concepto utilidades. Por lo demás la sentencia cuya observancia fue invocada se refería (de conformidad con la demanda) al concepto ingresos y no al de remuneraciones, constituyendo un interés frau-

dulento el calificar o encasillar a las utilidades bajo un criterio que no fue expresado en la sentencia con el fin de no descontar los ingresos por utilidades. En suma y en observancia de lo dispuesto expresamente en la decisión judicial, es que se acogería la demanda interpuesta. Agregaría por último el Colegiado, que el otorgamiento de una pensión alimentaria se sustenta en el deber constitucional de asistencia familiar, importando en lo esencial no la naturaleza de los ingresos de la persona obligada sino el brindar una adecuada alimentación.

Desde nuestro punto de vista hizo bien el Tribunal en hacer suya la pretensión planteada con sujeción estricta al derecho a la eficacia de los mandatos judiciales (en cuanto parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva). Ello no obstante, somos de la opinión que el Colegiado bien pudo profundizar un poco más en la discusión en torno a los conceptos de «remuneración» e «ingresos», ya que en efecto, se trata de nociones no necesariamente iguales, pues mientras la primera tiene carácter mucho más restringido, la segunda involucra rubros económicos distintos a la remuneración estricta. En este contexto no es raro que si lo que se petitionó fueron las utilidades percibidas por el obligado, estas hayan podido ser acogidas dentro de la lógica omnicomprendiva del concepto ingresos, rompiendo de alguna manera una fuerte tendencia asumida por la justicia ordinaria que parece haber entendido que las demandas de alimentos solo pueden ser vistas desde la perspectiva estrictamente remunerativa. En esta misma línea, estimamos que la priorización que hace el Tribunal en torno al deber constitucional de asistencia familiar resulta de suma importancia. Es de esperar que este criterio se amplíe o se desarrolle de manera mucho más orgánica en posteriores ejecutorias.

E) Sobre el derecho a no creer en religión alguna y a su abandono mediante el mecanismo de la Apostasía (Exp. N° 0928-2011-PA/TC. Caso: José Manuel Campero en representación de Ricardo Luis Salas Soler y otra).

Controversia singularmente interesante sería resuelta por el Tribunal Constitucional mediante Ejecutoria publicada con fecha 08 de Febrero del 2012 dentro del curso del proceso de amparo promovido por don José Manuel Campero Lara en representación de Ricardo Luis Salas Soler y doña Lourdes Leyla García León, el mismo que estaría dirigido contra el Obispado del Callao.

Lo que se peticionaba mediante el citado proceso era la emisión de un mandato judicial mediante el cual se ordene al demandado a efectos de que proceda a excomulgar de la fe católica al menor Bruno Salas García mediante el mecanismo de la apostasía establecido en el Código Canónico, debiéndose disponer asimismo que la parroquia San Pablo del Distrito

de Bellavista (Callao) expida la partida de Bautismo con la anotación de la citada excomunión.

Alegaban el recurrente que el antes citado menor de edad había sido bautizado por su madre doña Lourdes Leyla García León en la parroquia San Pablo del Distrito de Bellavista (Callao). En tales circunstancias y al tomar conocimiento de dicha situación, su señor padre (quien manifiesta ser ateo) conmino a la madre del menor a efectos de que solicitara la nulidad de dicho bautizo, lo que posteriormente se hizo ante la citada parroquia, pese a lo cual se recibió por respuesta que aquello no era posible, reiterándose asimismo dicho pedido por parte del padre a quien se le respondió de similar forma. Finalmente y ante la citada negativa ambos recurrentes dirigieron comunicación al Obispado del Callao sin que hasta el momento de la interposición de la demanda se haya producido respuesta alguna, lo que a su entender vulnera su derecho a la libertad religiosa entendido en su vertiente negativa, esto es, como derecho a no creer en religión alguna.

Tras ser desestimada liminarmente la demanda por las dos instancias del Poder judicial asumió competencia el Tribunal Constitucional quien de antemano considero pertinente pronunciarse sobre el fondo del asunto. En tales circunstancias el Colegiado optaría por ratificar la desestimatoria de la demanda en atención a que el abandono de la Iglesia Católica, como ejercicio del derecho a cambiar de religión o de creencias, no requiere la intervención de ninguna de las instancias de dicha Iglesia, con lo que se ve respetado el derecho a la libertad religiosa, siendo el libro de bautismo simplemente un registro del hecho histórico de haber sido administrado dicho sacramento en una determinada fecha, pero no un conjunto organizado de datos personales de los miembros de la religión católica que impida al registrado abandonar dicha confesión, sin que en lo sucesivo ello conste en tal registro.

Argumento adicional y en el que parece haberse querido enfatizar, es que la formalización de la declaración de apostasía disponiendo que la Iglesia Católica formalice tal declaración, no se encuentra amparada por la Constitución, para lo cual se cita incluso un antecedente jurisprudencial del propio Colegiado (Exp. N° 1004-2006-PHD/TC. Caso: Miguel Alejandro Guerra León)<sup>7</sup>. En tales circunstancias y a entender del Colegiado, se trata de una cuestión interna de cada confesión (en el caso, de la Iglesia Católica), por lo que acceder al pedido de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su menor hijo, implicaría una vulneración de la libertad religiosa de la Iglesia Católica, en su dimensión colectiva o asociada, representando incluso una transgresión del Estado

<sup>7</sup> Sentencia Constitucional publicada con fecha 22 de Noviembre del 2007.

a los principios de laicidad o aconfesionalidad y al de independencia y autonomía de la Iglesia reconocidos por la Constitución (Artículo 50°) y el Tratado Internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado Peruano y la Santa Sede de 1980.

En lo que a nosotros respecta, creemos que el primer argumento utilizado por la sentencia es totalmente correcto, el segundo, en cierta forma discutible.

En efecto, en el caso concreto, en nada perjudica el derecho que se tiene de cambiar de orientación religiosa o incluso de optar por no tenerla, el hecho de que conste por escrito que en algún momento de su vida, una persona recibió el sacramento del bautismo. En otras palabras, no se necesita autorización de la religión católica, para dejar de ser católico o específicamente y como lo reivindica el representante de los demandantes, para optar por ser ateo. El libro de bautismo, no es pues un registro que condiciona o limita a las personas de alguna forma en lo que puedan o no puedan hacer en el decurso de su vida religiosa, sencillamente refleja un dato de carácter histórico en torno a la voluntad que tuvieron los interesados porque sus hijos o familiares reciban un sacramento propio de la religión católica.

El segundo argumento utilizado por la ejecutoria, nos parece en cambio, opinable como ya lo hemos adelantado. Decir como dice el Tribunal que la formalización de la declaración de apostasía es un asunto que no tiene ninguna incidencia constitucional y que por el contrario, resulta exclusivo o reservado a la Iglesia Católica es realmente discutible.

Creemos en este sentido que el Colegiado interpreta erróneamente la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1004-2006-PHD/TC. En esta última no se dijo en ningún momento que la solicitud de declaración de apostasía, no sea un tema constitucionalmente relevante o de directa incidencia constitucional. Simplemente se desestimo dicha causa por cuanto lo solicitado no era propio de la vía procesal utilizada. Es pertinente recordar al respecto que dicha causa giro en torno a un proceso de habeas data en el que se solicito **a)** Que se anule la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y **b)** Que se rectifique y borre la información contenida en los archivos del Arzobispado de Lima y se impida que estadísticamente se siga considerando al recurrente como miembro de la Iglesia Católica. El Tribunal, como era de esperar, dijo en aquella ocasión que para que se pueda borrar y rectificar la información contenida en los archivos del arzobispado (segundo extremo del petitorio), se hacía necesario por anticipado proceder a su anulación (primer extremo del petitorio). En tales circunstancias y como quiera que anular la partida de bautismo y cualquier otro documento donde conste el sacramento religioso, se halla vinculado a la libertad de conciencia y de religión, no po-

día ser canalizado ello mediante proceso de habeas data sino mediante amparo, dejando en claro que el rechazo a la demanda planteada de ninguna manera significaba una valoración en torno al tema de fondo.

La sentencia del Tribunal que ahora comentamos incurre pues en un error de apreciación que invalida de plano una parte de su propio argumento, pues el tema planteado, al revés de lo dicho, si era constitucionalmente relevante.

Ahora bien, alega también el Colegiado que la petición de declaración de apostasía es un asunto exclusivamente vinculado a la religión católica. Esta apreciación, nos parece correcta como regla general, pero no así como principio absoluto (esto es, que no admita excepciones). Creemos efectivamente, que si una persona, desea que formalmente se le declare en la condición de apostasía, debe canalizar su pedido ante las instancias correspondientes de la Iglesia Católica y esta, gozar de la potestad de concederla o denegarla. Sin embargo podrían darse casos límite o verdaderamente excepcionales en los que la declaración de apostasía aparezca como una necesidad antes que como una simple o formal declaración de voluntad. Es lo que podría ocurrir si una determinada confesión religiosa, distinta a la Católica, y en la que una persona tuviese la intención de adscribirse, estableciera como requisito para bautizarse, casarse o cualquier otro estatus sacramental, el no formar parte de otra comunidad religiosa o en su defecto, el tener la condición de apostata de una religión precedente (en este caso, la católica). En tales circunstancias el requisito para acceder a una nueva confesión religiosa, pasaría por obtener la declaración de apostasía y si esta última es negada por parte de la Iglesia Católica, simplemente el interesado no podría ver materializada su voluntad de acceso a una nueva confesión religiosa. Toda una paradoja, pues ni podría estar en una Iglesia a la que ya no quiere pertenecer, ni tampoco ingresar a aquella a la que busca incorporarse.

Bajo las circunstancias descritas, somos de la idea de que aunque por regla general los asuntos internos de cada confesión religiosa, deberían ser resueltos con sujeción a lo que es propio de la respectiva organización, las decisiones que se adopten no deben hallarse carentes de una sensata motivación, tanto más cuando pueden comprometer derechos constitucionales como la libertad religiosa en cualquiera de sus manifestaciones. Pretender, como pretende la ejecutoria, que en un campo como el religioso no interviene de ninguna manera el referente constitucional, es consagrar un ámbito exento de control donde nadie garantiza que la arbitrariedad no pueda encontrarse presente.

F) Sobre el derecho al juez imparcial y el uso exclusivo de una prueba de parte en el curso de un proceso penal. (Exp. N° 02568-2011-PHC/TC. Caso: Lina del Carmen Amayo Martínez).

Otra de las sentencias que consideramos relevante en lo que respecta al periodo examinado, fue la emitida (en decisión mayoritaria) con fecha 12 de Marzo del 2012 en el marco del proceso constitucional de habeas corpus promovido por doña Lina del Carmen Amayo Martínez contra los Vocales Superiores de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad y los Vocales Supremos de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, proceso que posteriormente sería ampliado también contra el Ministerio de Justicia.

Materia de cuestionamiento por parte de la demandante, quien ostentaba el cargo de Notaria Pública, serían las resoluciones judiciales emitidas dentro del proceso penal seguido en su contra como autora de delito tributario en la modalidad de defraudación tributaria y delito contable en agravio del Estado. Mientras que la sentencia emitida por la instancia superior había condenado a la recurrente a cuatro años de pena privativa de la libertad con carácter suspendido por el plazo de dos años, inhabilitándola por el plazo de dos años para el ejercicio de la profesión, comercio, arte o industria y ordenándole asimismo, el cierre temporal de su notaria, la sentencia emitida por la Sala Suprema había declarado no haber nulidad en la recurrida. Posteriormente y tomando en cuenta que a raíz del citado proceso penal, el Ministerio de Justicia había emitido resolución Ministerial por la que cancelaba su título de Notaria Pública del Distrito de la Libertad, es que también ampliaría su demanda para con dicha dependencia del Estado.

De acuerdo con lo alegado por la demandante la condena impuesta en su contra se sustentaba en la sola actuación del informe de presunción de delito elaborado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), que tenía el carácter de pericia de parte, habiéndose prescindido por completo de una pericia a cargo de un ente imparcial, lo que suponía un atentado al debido proceso y en particular al derecho a un juez imparcial.

A nivel de la primera instancia judicial la demanda de habeas corpus sería declarada fundada en parte, sin embargo la instancia superior revocaría dicha decisión, tras lo cual el caso pasaría al Tribunal Constitucional.

En las circunstancias descritas, el Colegiado optaría por declarar fundada la demanda, tras considerar que en efecto, de lo actuado no se apreciaba la existencia de un peritaje efectuado por un órgano neutral a las partes, habiéndose tomado como cierto el informe de presunción de delito formulado por los auditores de la SUNAT al término de las acciones de

fiscalización efectuadas en la notaría de la demandante, lo que reflejaba claramente su condición de pericia de parte. En este contexto, argumentaría el Tribunal, que cuando el Estado otorga a determinadas personas la facultad de ejercer la jurisdicción, lo ha hecho para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos que puedan surgir entre privados o entre el Estado y los ciudadanos, asegurando que el mismo sea resuelto con objetividad. Dicha posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, no debiéndose crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado. Recordaría por lo demás el Colegiado que en el presente caso, estaba acreditado que de conformidad con el Fiscal Superior y a efectos de garantizar la objetividad en el resultado del proceso, la Sala Penal Superior dispuso en su momento remitir los actuados al juez penal a efectos de que se practicara una pericia a cargo de peritos pertenecientes al registro judicial correspondiente, la misma que a pesar de haberse elaborado, nunca fue ratificada, debido a que de manera contradictoria, la misma Sala Superior prefirió desechar la citada pericia, dando absoluta validez y carácter de prueba plena a la pericia realizada por la SUNAT bajo la lógica de que se trataba de un órgano oficial del Estado.

A nuestro juicio, ha hecho bien el Tribunal en destacar la necesidad de que los medios de prueba no puedan ser manejados desde la óptica exclusiva de una de las partes. Aunque nadie está diciendo que las pericias de parte no tengan validez y que eventualmente no puedan ser priorizadas frente a las ofrecidas por la otra parte, lo razonable y sensato es contrastarlas. En dicho escenario resulta prioritario cuando menos contar con la posición asumida a título neutral por el propio juzgador vía las pericias que este ordene y en su momento valore. Pero si lejos de ello, se va a optar por una fórmula en la que el juzgador renuncie por completo a su condición de ente neutral para asumir en todo la posición de una de las partes reflejada a través de una de sus pericias, queda claro que la garantía de imparcialidad en el juzgador se ve trastocada cuando no desnaturalizada. Por lo demás, afirmar la tesis de que la pericia ofrecida por la SUNAT es plenamente válida porque es un organismo oficial del Estado, carece de todo sustento cuando es el propio Estado el que oficia precisamente y como aconteció en el presente caso, como la parte agraviada.

Asunto formal que conviene mencionar y sobre el que sin embargo, la sentencia no dice absolutamente nada, es el extremo del petitorio concierne con la Resolución Ministerial mediante la cual el Ministerio de Justicia dispuso la cancelación del título de Notaría Pública que ostentaba la demandante, tras haber sido condenada por la comisión de delito doloso. Nos parece que el tema era de relevancia y algo debió decirse, sea para avalar la posición asumida por el Ministerio, sea para ratificar la del de-

mandante bajo la lógica de que el proceso penal, en un sentido amplio, aún no había quedado zanjado.

- G) Sobre la prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las sentencias emitidas en los procesos judiciales ordinarios (Exp. N° 01601-2012-PA/TC. Caso: Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. SUNAT).

Controversia de características especiales sería conocida y resuelta mediante sentencia publicada con fecha 27 de Abril del 2012 en el curso de proceso de amparo interpuesto por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, integrada por los Vocales César HinostrozaPariachi, Enrique Ramal Barrenechea y Rocío Mendoza Caballero.

Materia de cuestionamiento en esta ocasión serían las resoluciones judiciales emitidas en un proceso de ejecución de resolución judicial promovido por don Raúl Alvarado Calle y otros contra la SUNAT, de acuerdo con las cuales, se había declarado improcedente la observación formulada por la entonces demandada procediéndose a aprobar el Informe Pericial N° 0125-2008-PJ-EV. Según se alegaba por SUNAT, el citado Informe así como las resoluciones que pretendían validarlo, desnaturalizaban grotescamente la sentencia expedida con fecha 03 de Enero de 1996 por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao en el curso de un anterior proceso constitucional, en el que si bien se había declarado fundada la demanda a favor de los entonces demandantes (también los señores Raúl Alvarado Calle y otros) y se había ordenado proceder a la nivelación de sus pensiones, en ningún momento se había dispuesto que dicha nivelación operara tomando como referente las remuneraciones de los trabajadores pertenecientes al régimen laboral privado.

La discusión entonces se centraría en determinar si las resoluciones de un proceso judicial como el de ejecución de sentencia, resultaban violatorias o no de lo que en su día y mediante ejecutoria definitiva había resuelto el Poder Judicial vía amparo constitucional. A este respecto, el Colegiado alegaría en primer término, que aunque efectivamente, el Poder Judicial había favorecido en vía constitucional la pretensión de nivelación de pensiones, no había determinado que la misma se realizara de la forma en que lo han entendido los Magistrados que conocieron del proceso de ejecución de resolución judicial cuestionado en el amparo que aquí se comenta. Precisaría incluso que con posterioridad a la citada sentencia constitucional de fecha 03 de Enero de 1996 el Tribunal Constitucional había confirmado la constitucionalidad de la norma inaplicada por la judicatura ordinaria, con lo cual quedaba totalmente proscrita la posibilidad de

efectuar nivelaciones pensionarias en función de las remuneraciones de quienes laboraban en el ámbito privado. Proceder de modo contrario, sería a su juicio, un típico caso de inconstitucionalidad sobreviniente.

Especial atención prestaría el Colegiado Constitucional al hecho de que las resoluciones judiciales cuestionadas habían sido emitidas en el ámbito de un proceso como el de ejecución de sentencia regulado por los Artículos 713º y siguientes del Código Procesal Civil. Se diría sobre el particular que si la sentencia cuyo respeto se invocaba había sido expedida en la sede constitucional, era en la vía de ejecución de dicho proceso (última etapa del amparo) donde debía reclamarse su cumplimiento efectivo, no así en una vía judicial paralela o independiente como la del citado proceso de ejecución. Esto era así, según lo expresado por el Tribunal, porque el juez constitucional no necesitaba del accionar de un juez ordinario a los efectos de asegurar sus mandatos, tanto más cuando se encontraba revestido de facultades amplias perfectamente acordes con los roles tutelares conferidos por el ordenamiento jurídico. En dicho escenario, se dejaría en claro que las resoluciones judiciales cuestionadas no solo devenían en inconstitucionales por haber desnaturalizado la tantas veces citada sentencia del 03 de Enero de 1996, sino por contravenir expresamente el principio de prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las sentencias judiciales ordinarias reconocido expresamente en el Artículo 22º, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional<sup>8</sup>. La demanda, bajo tales consideraciones sería declarada fundada.

Desde nuestra óptica la sentencia aquí glosada tiene algunos aspectos opinables y otros destacables. En cuanto a lo primero, no terminan de entenderse algunas de las afirmaciones que el Colegiado realiza en relación a lo que interpreta por inconstitucionalidad sobreviniente. Sin que cuestionemos el concepto doctrinario en cuanto tal (que por cierto, algunos autoresforáneos ya lo ha venido desarrollando desde el pasado) nos parece que el Tribunal lo aplica innecesariamente en este caso y en un ámbito ya de por sí bastante polémico como el de la ejecución de las sentencias. En efecto, aún cuando se enfatiza que en el caso examinado se ha desnaturalizado una sentencia constitucional originalmente emitida por el Poder Judicial, no parece muy sólido, eso de decir que con posterioridad a la misma el Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia sobre ciertos aspectos que deben ser tomados en cuenta independientemente del momento en que hayan sido establecidos.

En una sana lógica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por supuesto que es obligatoria, tanto más si deriva de precedentes o de doctrina

---

<sup>8</sup> De acuerdo con lo previsto en el citado dispositivo «*Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad*».

jurisprudencial. Sin embargo, no es tan cierto que no importe el momento en que esta es expedida, pues si la misma pretendiera aplicarse con ese carácter vinculante a procesos ya iniciados o finalmente resueltos, podría plantearse según corresponda, un típico escenario de afectación al procedimiento preestablecido por la ley o a la cosa juzgada. Estimamos que la jurisprudencia es obligatoria en adelante, no para atrás, salvo que favorezca al afectado, lo que por cierto, no es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso. Menos conflictivo hubiese sido interpretar, como finalmente lo hace el Colegiado, que la sentencia constitucional cuya observancia se reclama, en ninguno de sus acápites estableció la analogía entre nivelación de pensiones y remuneraciones pertenecientes al ámbito laboral privado.

En lo que estamos totalmente de acuerdo con la sentencia es en el hecho de cuestionar que quienes demandaron originalmente a la SUNAT y obtuvieron sentencia favorable a sus intereses, hayan posteriormente acudido a una vía procesal ordinaria como la correspondiente al proceso de ejecución de resoluciones judiciales, ya que ello no sólo resulta innecesario sino hasta pernicioso. Innecesario porque el proceso constitucional cuenta con sus propios mecanismos de ejecución de sentencias que no requieren la intermediación de ningún juez ordinario (Artículos 59° del Código Procesal Constitucional) y pernicioso porque podría contribuir a la desnaturalización del modelo de justicia constitucional si lo resuelto en vía ordinaria (proceso de ejecución de sentencias) terminara modificando o desconociendo de alguna forma lo resuelto en vía constitucional (proceso de amparo). Por lo mismo ha hecho bien la sentencia que aquí comentamos en reivindicar como aplicable al caso, el principio de prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las sentencias emitidas en procesos ordinarios.

En suma y más allá de algunos aspectos controversiales, la ejecutoria acierta en el planteamiento del problema y la solución dispensada.

H) Sobre el control constitucional de una decisión judicial irrazonable (Exp. N° 0037-2012-PA/TC. Caso: SCOTIABANK PERU S.A.A.).

Sentencia que generaría una intensa polémica para algunos sectores y que para decirlo en sus reales términos, tampoco sería muy bien recepcionada por las altas esferas del Poder Judicial, sería la emitida en el proceso de amparo promovido por SCOTIABANK S.A.A. contra la resolución de fecha 05 de Abril del 2011 expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Mediante esta última se había declarado infundado el recurso de casación promovido por la citada recurrente de amparo durante el curso de un proceso primigenio sobre cumplimiento de contrato iniciado a instancias de la misma SCOTIABANK S.A.A contra la empresa Telefónica Móviles S.A.

Lo que se objetaba de la citada resolución judicial era una transgresión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales expresada, a juicio del Colegiado, en una interpretación irrazonable (arbitraria) del Artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Decreto Supremo N° 069-2003-EF) cuyo texto establecía que «Solo los Ejecutores Coactivos debidamente acreditados ante las entidades del sistema financiero y bancario, la Policía Nacional del Perú, las diversas oficinas registrales del territorio nacional y ante el Banco de la Nación, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento». Según se alegaba por SCOTIABANK, las instancias de la judicatura y, en particular, la Corte Suprema venían interpretando que conforme al texto expreso de la norma en mención cualquier entidad ante la cual se pretenda hacer valer un mandato coactivo, podía negarse a cumplir con dicho mandato si el ejecutor coactivo no se encontraba inscrito, a nivel nacional, ante la totalidad de entidades que se señalaban en la citada norma, frustrándose de este modo cualquier procedimiento de ejecución coactiva conducido por el Estado, lo cual representaba un total despropósito que no tenía en cuenta en lo absoluto, la finalidad perseguida por la norma en mención.

La pretensión así planteada sería desestimada vía proceso de amparo por las dos instancias del Poder Judicial, siendo bastante sintomático resaltar que la segunda de dichas instancias (Corte Superior) asumiría una posición realmente paradójica, por decir lo menos. De acuerdo con esta última, la postura desarrollada por la Corte Suprema (dentro del proceso subyacente) hacía imposible la ejecución de una resolución coactiva al imponer una carga gravosa a los ejecutores coactivos tras imponerles el probar encontrarse acreditados ante todas las entidades señaladas en el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 069-2003-EF y no sólo ante la entidad ante la cual se va a ejecutar la orden coactiva. Asumiría incluso que tal interpretación resultaba totalmente incorrecta y así lo expresaría en su resolución, sin embargo pese a todo ello concluiría en que tal proceder no podría ser revisado en sede de amparo por no encontrarse dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación o dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad. Es decir, la Sala Superior, aceptaría que había un error en la interpretación de la Corte Suprema, pero al mismo tiempo que este no podía ser corregido y mucho menos revisado vía proceso constitucional.

En las circunstancias descritas y tras la interposición del correspondiente recurso de agravio el Tribunal Constitucional se pronunciaría en definitiva, dejando en claro que la interpretación asumida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resultaba a todas luces arbitraria y como tal, debía quedar proscrita. Para arribar a dicha conclusión, el Colegiado efectuaría un riguroso análisis de la resolución cuestionada aplicando al efecto el test de proporcionalidad.

En este contexto y aun cuando el Colegiado aceptaría que la lectura que se venía otorgando al tantas veces citado Artículo 3° del Decreto Supremo N° 069-2003-EF cumplía con el objetivo de evitar el fraude en los procedimientos de ejecución coactiva satisfaciendo principios como la seguridad jurídica y el orden público y por lo mismo pasaba la barrera impuesta por el test de idoneidad, no sucedía así con el test de necesidad, ya que la interpretación asumida no resultaba absolutamente necesaria para cumplir con el objetivo pretendido, ya que lo mismo pudo haberse logrado mediante una interpretación distinta, igualmente idónea, pero menos restrictiva, como entender que la acreditación sólo resultaba exigible ante la entidad frente a la cual el ejecutor coactivo pretendiese hacer efectiva su acreencia.

Puntualizaría el Colegiado que la *ratio legis* de la norma en cuestión era vincular la acreditación exigida con la naturaleza de la medida cautelar susceptible de ejecución. Por ejemplo, si se tratase de un embargo en forma de secuestro que requiriese el auxilio de la fuerza pública, lo razonable sería el exigir que el Ejecutor Coactivo estuviese acreditado ante la Policía Nacional del Perú; si se tratara de un embargo en forma de inscripción, lo razonable sería que estuviese inscrito ante la oficina registral correspondiente y si se tratase, como en el caso comentado, de un embargo en forma de inscripción, será suficiente con que el Ejecutor se encuentre acreditado ante la entidad financiera correspondiente, requisito que de acuerdo con los actuados del proceso, se había verificado plenamente en el caso de SCOTIABANK y del Ejecutor Coactivo.

A pesar de que la interpretación asumida por la Corte Suprema quedaría acreditada con el hecho de no vencerse la regla de necesidad, el Colegiado también la enjuiciaría a la luz del test de ponderación o proporcionalidad propiamente dicha, estableciendo que la Sala judicial demandada tampoco había realizado una adecuada ponderación de bienes habida cuenta que sin mayor fundamento, dispense mayor peso al valor seguridad jurídica en el sistema de acreditación de los Ejecutores Coactivos que a la propia eficacia del sistema de ejecución coactiva en su conjunto, afectando en consecuencia el derecho a la motivación resolutoria.

Desde nuestro punto de vista la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional acierta en varios de sus tramos, aunque para nuestro gusto bien pudo haber enfocado la controversia planteada no tanto desde la perspectiva del principio de motivación resolutoria sino más bien desde la óptica que ofrece el derecho al debido proceso sustantivo (extremo sobre el cual existe ya un determinado desarrollo jurisprudencial). En efecto, no vemos muy claro que la sentencia de la Corte Suprema contenga motivación insuficiente o incongruente como lo afirma el Colegiado, simplemente se trata de su interpretación, que puede o no ser del gusto del Tribunal

Constitucional, pero que no por eso deja de ser una opción. Cuestión distinta y en eso si acierta el Colegiado, es saber si dicha interpretación resulta o no razonable desde el punto de vista de los objetivos que se persigue con el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 069-2003-EF. Y si como ha demostrado la sentencia, dicha interpretación no permite cumplir con dichos objetivos y lejos de ellos, invita a un autentico absurdo, queda claro que podía, como en efecto se hizo, invalidarla y sustituirla por otra totalmente distinta.

Por lo demás creemos que el Tribunal bien pudo aprovechar esta ejecutoria para llamar la atención en torno al incoherente rol que en ocasiones asumen las instancias judiciales inferiores tras conocer de procesos constitucionales. Es pues inaceptable que tras reconocerse como errado el proceder de la Corte Suprema, se opte por el fácil expediente de desestimar una demanda constitucional, so pretexto de evitar enfrentamientos con la máxima instancia de la judicatura. Una cosa es que se tenga en cuenta el principio de jerarquías funcionales al interior del Poder Judicial y otra distinta anteponerlo (como ha ocurrido muchas veces en el pasado) a la Constitución y los valores que esta resguarda.

I) Sobre el cobro por derecho de inscripción en los centros educativos particulares y la libertad de contratación (Exp. N° 02175-2011-PA/TC. Caso: Colegio Particular San Francisco de Asís).

Otro de los casos relevantes en lo que va del periodo examinado fue el resuelto mediante sentencia publicada con fecha 31 de Julio del 2012 dentro del proceso de amparo interpuesto por el Colegio Particular San Francisco de Asís contra la Secretaria Técnica de la Comisión del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) doña Lucía Cornejo Gutiérrez Ballón, el Presidente de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del INDECOPI y contra el Ejecutor Coactivo del INDECOPI, don Antonio Manzanares Gaitán.

Materia de controversia en esta oportunidad lo sería la Resolución N° 1138-2010-SC2-INDECOPI del 25 de Mayo del 2010, mediante la cual se había impuesto al Colegio recurrente la multa de dos Unidades Impositivas Tributarias (URP) por la presunta infracción del Artículo 5°, literal d) del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección del Consumidor, bajo la consideración de que se había cobrado a los padres de familia una cuota no autorizada administrativamente, equivalente a la suma de S/. 50.00 Nuevos Soles por concepto de un denominado «Derecho de Inscripción», lo que contravenía el Artículo 16° de la Ley de los Centros Educativos Privados N° 26549.

A juicio de la demandante, el proceder del INDECOPI resultaba arbitrario pues el cobro por derecho de inscripción, no era una imposición económica que recaía sobre los padres de familia pertenecientes al Colegio, sino sobre terceros que aún no tenían dicha condición y que pretendían que sus hijos sean evaluados académica y psicológicamente a efectos de ser inscritos, tratándose por consiguiente de un cobro por una contraprestación de servicios, similar al cobro por certificados de estudio requeridos a solicitud de los padres de familia.

Tanto la primera como la segunda instancia desestimarían la demanda interpuesta por considerar que al pretenderse el cuestionamiento de una resolución administrativa, la vía procesal correspondiente no sería la del amparo sino más bien, la del proceso contencioso administrativo. En tales circunstancias y tras plantearse recurso de agravio contra la desestimatoria judicial, el caso pasaría al Tribunal Constitucional.

La ejecutoria que emitiría el Colegiado, dejaría en claro ante todo, que el caso de autos si podía ser visto en sede constitucional habida cuenta que involucraba aspectos concernientes con la libertad de contratación, la que a su vez podía ser enfocada desde dos aspectos **a)** Como autodeterminación para decidir la celebración de un contrato y la persona con quien se decide contratar, y **b)** Como autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual.

El Tribunal optaría por enfocar el caso desde la segunda de las perspectivas y en tal sentido haría hincapié en que el cobro realizado por el Colegio demandante no vulneraba los términos del Artículo 16° de la Ley de los Centros Educativos Privados N° 26549, ya que dicha norma sólo prohibía los cobros que se realicen en contraprestación por los servicios educativos que brindan las entidades educativas, pero no los cobros por un servicio que no es contraprestación por la enseñanza que se imparte, de allí que al tratarse de un servicio por evaluación (psicológica y académica) para quienes postulan o pretenden inscribirse, no le sea aplicable la antes citada norma. En función a tal consideración, se estimaría que la decisión adoptada por el INDECOPI efectivamente resultaba violatoria de la libertad contractual y por ende, tras declararse fundada la demanda, devenía en inaplicable a la entidad demandante.

A nuestro juicio la ejecutoria desarrolla su raciocinio como si el concepto padres de familia fuese igual al concepto usuario, lo que podría ser bastante discutible en el contexto del citado Artículo 16° de la Ley de los Centros Educativos Privados N° 26549 ya que dicha norma expresamente establece en su párrafo segundo que «Los usuarios (no simplemente los padres de familia del Colegio) no podrán ser obligados al pago de suma o recargos por conceptos diferentes de los establecidos en esta Ley» y la misma norma en ninguno de sus otros contenidos ha regulado (o

siquiera reconocido) lo concerniente a un supuesto cobro por derecho de ingreso.

Entendemos que la libertad contractual es amplia y que efectivamente involucra capacidad para determinar el contenido de lo que se contrata o acuerda. Sin embargo no es menos cierto que la misma de acuerdo a la Constitución se condiciona a la licitud como parámetro. En tales circunstancias, creemos que si la voluntad del Colegiado era validar el citado cobro por derecho de inscripción, nos parece que debió fundamentar de una manera mucho más detallada la naturaleza de la referida exigencia económica, antes que ampararse en una distinción tan rigurosamente formal como la relación de los padres con el centro educativo.

J) Sobre la obligación del Jurado Nacional de Elecciones de no alterar el Cronograma Electoral (Exp. N° 05448-2011-PA/TC. Caso: Percy Rogelio Zevallos Pretel).

Sentencia poco comentada pero que a nuestro entender resulta de vital importancia para comprender los roles del amparo electoral así como las obligaciones del ente encargado de dirigir los procesos electorales, sería la publicada con fecha 08 de Agosto del 2012 en el curso del proceso de amparo promovido por don Percy Rogelio Zevallos Pretel contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

Se solicitaba a través del amparo la declaratoria de nulidad de dos Resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones **a)** La Resolución N° 2542-2010-JNE expedida con fecha 13 de Octubre del 2010, mediante la cual se había declarado fundado el recurso de apelación interpuesto por el «Movimiento Político Hechos y No Palabras», revocando la resolución N° 0011-2010-JEE-Huanuco emitida con fecha 02 de Octubre del 2010 por el Jurado Electoral Especial de Huánuco que inicialmente había declarado infundada la solicitud de exclusión interpuesta en contra del recurrente y **b)** La Resolución N° 4636-2010-JNE emitida con fecha 16 de Noviembre del 2010, mediante la cual se había declarado infundado el recurso extraordinario interpuesto por el «Partido Democrático Somos Perú» (al que pertenecía el recurrente) contra la citada Resolución N° 2542-2010-JNE.

De acuerdo con lo que se alegaba por el recurrente, las cuestionadas resoluciones vulneraban sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la defensa y a ser elegido, al haberse dispuesto su exclusión como Consejero Regional Titular de Huánuco por el Partido Democrático Somos Perú, cargo éste último que ya venía ocupando por haber sido debidamente elegido. A su juicio, dicho proceder resultaba a todas luces arbitrario, pues las decisiones del JNE han pretendido sustentarse en una solicitud de exclusión no contemplada en las normas

electorales y que ha tenido por intención validar una tacha en forma totalmente extemporánea, cuando el proceso electoral ya había culminado.

La procuraduría Pública del Jurado Nacional de Elecciones se apersonaría al proceso invocando como argumento, que las decisiones de dicho órgano son dictadas en instancia definitiva y por ende no serían revisables en sede constitucional, motivo por el que la demanda debía ser rechazada por improcedente.

A su turno las instancias de la judicatura ordinaria desestimarían la demanda alegando la existencia de una supuesta sustracción de materia, al haberse convertido en irreparable la agresión producida tras haber concluido el proceso electoral. Ante ello se interpondría recurso de agravio elevándose los autos al Tribunal Constitucional.

El Colegiado en este contexto, emitiría una fundamentada sentencia en la que por principio resaltaría los hechos producidos a la luz de la fecha en que cada uno de ellos se produjo. En ese sentido se dejaría establecido que inicialmente y ante la inscripción del demandante como candidato para el Gobierno Regional de Huánuco por el «Partido Democrático Somos Perú», el Jurado Electoral Especial de Huánuco emitiría con fecha 10 de Septiembre del 2010 la Resolución N° 00009-2010-JEE-Huánuco, la misma que no sería objeto de impugnación alguna. Posteriormente y con fecha 01 de Octubre del 2010, a solo dos días de realizarse las elecciones, es presentada una «solicitud de exclusión» por parte del «Movimiento Político Hechos y No Palabras», mediante la cual se pretendía excluir al demandante del proceso electoral argumentando que el mismo, no cumplía con el requisito de la residencia en la circunscripción para la cual postulaba. A raíz de ello y con fecha 02 de Octubre del 2010, el Jurado Electoral Especial de Huánuco declarararía infundada la citada solicitud de exclusión, mediante Resolución N° 000011-2010-JEE-Huánuco. Así las cosas, con fecha 03 de Octubre se llevarían a efecto las elecciones regionales y municipales, cuyo resultado oficial dado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) colocaría al demandante entre los Consejeros Regionales electos para la Provincia de Huánuco. Pese haber culminado el proceso electoral con los resultados antes descritos, el JNE resolvería en vía de apelación la antes citada petición de exclusión emitiendo con fecha 13 de Octubre del 2010 la Resolución N° 2542-2010-JNE de acuerdo con la cual el demandante quedaba excluido como candidato al Consejero Regional Titular. Finalmente y tras la interposición de recurso extraordinario por parte del «Partido Democrático Somos Perú» el mismo JNE emitiría con fecha 16 de Noviembre del 2010 la Resolución N° 4636-2010-JNE mediante la cual se desestimaría el citado medio impugnatorio.

A efectos de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, se preguntaría el Tribunal a) Si el JNE tenía o no la potestad de revisar si los

candidatos cumplieran los requisitos exigidos, cuando las listas de candidatos ya habían sido inscritas y publicadas y las elecciones ya realizadas; **b)** Si dicha potestad, en el caso de ser cierta, fue ejercida en la etapa y/o oportunidad en la que correspondía hacerlo.

Para responder a las citadas interrogantes el Colegiado reivindicaría las atribuciones del JNE de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución del Estado y en su propia Ley Orgánica, pero por sobre todo y en el contexto de las Elecciones Regionales y Municipales del año 2010, a la luz de lo señalado en el Reglamento de Inscripción de Candidatos aprobado mediante Resolución N° 247-2010-JNE cuyo artículo 11.5 había dispuesto que «Regularización o Exclusión: De presentarse alguna causal que afecte las garantías sustanciales del proceso, el JEE o el Pleno del JNE, en su oportunidad, podrán regularizar el proceso o incluso excluir al candidato, sin alterar el cronograma electoral».

Así las cosas, la ejecutoria haría hincapié en que si bien los órganos electorales podían regularizar el proceso o excluir a un candidato de presentarse causales que afecten las garantías sustanciales del proceso electoral, dichas potestades se encontraban necesariamente limitadas en función de las etapas del proceso electoral que son por naturaleza preclusivas y excluyentes, lo que significaba, que sólo podían realizarse en su oportunidad y como lo dice el antes citado Reglamento, sin afectar el cronograma electoral preestablecido. A la luz de ello, se consideraría que el demandante, en efecto, fue víctima de una decisión arbitraria, habida cuenta que al momento de resolverse su exclusión ya no tenía la condición de candidato, sino la de una autoridad electa, más allá de que se haya cumplido o con la formalidad de la proclamación y la entrega de la acreditación correspondiente. En tal contexto se dejaría sentada la tesis de que así como el Tribunal Constitucional está obligado a no alterar el cronograma electoral al momento de expedir sus resoluciones, con mayor razón el JNE también tiene dicha obligación, al tratarse del ente rector del sistema electoral en su conjunto, apreciándose que en el caso concreto, se configuró un trámite no previsto por la ley, afectando el proceso de votación y alterando el resultado electoral, lo que finalmente daría lugar a la estimatoria de la demanda constitucional interpuesta.

Desde nuestro punto de vista la sentencia así expedida acierta en la caracterización que ofrece del proceso electoral, como una sucesión de actos caracterizados por etapas que van precluyendo una tras de otra y donde las garantías y facultades se encuentran inmersas a la luz de tal configuración. De lo contrario el resultado en el que podría concluir carecería de toda certeza pudiendo ser alterado bajo cualquier circunstancia o contingencia. En dicho escenario, el Colegiado, no niega pues la posibilidad de un control interno del proceso de presentarse irregularidades en su

desarrollo pero condiciona el mismo a las fases o etapas en las que por la naturaleza de los hechos a fiscalizar, este proceda realizarse.

Sin que expresemos nuestra discrepancia con el raciocinio utilizado, creemos sin embargo, que hubiese sido muy interesante que el Tribunal se preguntara y de alguna forma respondiera, como proceder en los casos en los que a pesar de haberse vencido toda posibilidad de corregir irregularidades, se detectara extemporáneamente situaciones de suyo polémicas en la condición de aquellas personas que hayan sido ya electas. Lo que podría suceder, por ejemplo, si se comprobara que una persona ya elegida o incluso, ya proclamada, fuese pasible de una condena penal, desconocida por completo al momento de la postulación y no denunciada oportunamente por nadie. Sin que digamos que no haya solución para ello (podría pensarse en una eventual situación de vacancia), creemos que el Colegiado bien pudo establecer ciertos criterios en el caso de presentarse tales supuestos.

K) Sobre el control de suficiencia respecto de un proceso judicial irregular (Exp. N° 04509-2011-PA/TC. Caso: Estalín Mello Pinedo).

Ejecutoria de aquellas que consideramos especiales fundamentalmente por el tipo de controversia que planteaba sería dada a conocer con fecha 16 de Agosto del 2012 dentro del proceso de amparo interpuesto por don Estalín Mello Pinedo contra el Juzgado de Paz del Distrito de Tarapoto y mediante el cual se solicitaba la nulidad de todo lo actuado en el proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado en su contra por doña Giannina Lozano Pérez en representación de la menor de iniciales P.N.M.L.

De acuerdo con lo alegado por el demandante, mediante resolución judicial emitida por la autoridad judicial emplazada, había sido declarado como presunto padre biológico de la antes citada menor, por lo que se dispuso la inscripción de la declaración judicial de paternidad al no existir oposición alguna de su parte. Ello no obstante el mismo recurrente alegaba que si no se opuso en su momento a la citada declaración no fue por dejadez, sino porque jamás tuvo conocimiento del proceso de filiación extramatrimonial que se le había iniciado (ni de la demanda interpuesta, ni de las resoluciones judiciales posteriores), habida cuenta que estuvo residiendo en el extranjero entre los años 1999 y 2009, situación que pese a ser conocida por doña Giannina Lozano Pérez fue ocultada por esta última, optándose por notificarle el proceso en el domicilio de los padres del recurrente donde aquel no vivía, pese a que el Código Procesal Civil establece expresamente que en el supuesto de que un demandado resida en el exterior, deberá notificársele mediante edictos y no de la forma descrita. En tales circunstancias y al haberse enterado de la existencia del referido proceso judicial recién al haber retornado al país, es que interpuso el pro-

ceso de amparo, solicitando la nulidad del proceso judicial subyacente hasta el momento de la notificación del mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, por considerar que había sido afectado en su derecho fundamental al debido proceso.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contestaría la demanda interpuesta limitándose a sostener que mediante el amparo, se pretendía revertir el criterio jurisdiccional del juzgador al interior de un proceso regular, lo cual resulta vedado en los procesos constitucionales.

Aunque la primera instancia judicial declararía fundada la demanda, la instancia superior revocaría lo decidido, motivo por el que la causa, tras la interposición del correspondiente recurso de agravio, sería elevada al Tribunal Constitucional.

El Colegiado delimitaría la controversia aceptando que lo que se cuestionaba era un proceso que a decir del demandante, lo había colocado en total indefensión y en el que se le había asignado una condición de paternidad que en ningún momento tuvo la posibilidad de cuestionar o debatir. Así las cosas, el Tribunal se adentraría a constatar si en efecto, durante el proceso judicial sobre filiación extramatrimonial, se había notificado en forma correcta a don Estalin Mello Pinedo, llegando a la conclusión que tal situación no se había producido, pues de lo que aparecía de la hoja de movimiento migratorio de la citada persona, aquella había estado fuera del territorio nacional entre el 24 de Junio de 1999 y el 18 de Diciembre del 2009 en que había retornado, mientras que los actuados del proceso sobre filiación extramatrimonial le fueron notificados por debajo de la puerta del domicilio señalado por doña Giannina Lozano Pérez en fechas en que el amparista se encontraba fuera del país, lo que invalidaba por completo dicho acto procesal. Recordaría asimismo el Tribunal, que de acuerdo con el procedimiento establecido por la Ley N° 28457 cuando se atribuya la paternidad extramatrimonial, esta deberá ser comunicada al demandado a los efectos de que pueda oponerse mediante la prueba científica del ADN, contando para tal efecto con el termino de diez días, vencido el cual el mandato se convertirá recién en una resolución de declaración judicial de paternidad, lo que a la luz de los hechos producidos, simplemente no había ocurrido, evidenciándose a todas luces una afectación de su derecho al debido proceso, y en particular, de su derecho de defensa.

Siendo como en efecto se apreciaba un pronunciamiento en el que la vulneración había quedado plenamente acreditada, el destino del proceso no parecía ser sino estimatorio, sin embargo un hecho particularmente especial, determinaría que el Tribunal Constitucional optara por modular los efectos de su sentencia, apelando al denominado test de suficiencia como referente en el control que realizaría del proceso judicial cuestionado.

Sucedía que de declararse fundada la demanda y optarse por la nulificación de la resolución que había declarado judicialmente la paternidad del recurrente, quien se vería perjudicada directamente con dicha decisión sería en esencia la menor de iniciales P.N.M.L., ya que esta última había adquirido una identidad determinada como consecuencia del resultado del proceso judicial cuestionado. Dejar sin efecto los actuados correspondientes tal y cual lo solicitaba el demandante (hasta el momento de la notificación del mandato judicial de declaración de paternidad)colocaría en estado de desprotección a una niña, cuyo derecho a la identidad de alguna forma debía garantizarse.

El Colegiado, por otra parte, recordaría que en todos aquellos casos en los que se encontraban involucrados los derechos de los menores, la jurisprudencia siempre había sido particularmente tuitiva. Ello en base al principio de interés superior del niño y del adolescente, reconocido tanto a nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno (Artículo 4° de la Constitución, Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes) como de los Instrumentos Internacionales Relativos a Derechos Humanos (Artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, Artículo 3.1° de la Convención sobre los Derechos del Niño). En dicho escenario y comprendiendo la particularidad que ofrecía el presente caso, en el que la satisfacción de un derecho como el debido proceso (invocado por el demandante) podía perjudicar, así sea temporalmente, otro derecho (el de una menor) se optaría por restringir los alcances del fallo emitido.

En efecto, hace ya varios años, la jurisprudencia desarrollada en materia de control de las decisiones judiciales (particularmente desde la sentencia recaída en el Exp. N° 3179-2004-PA/TC. Caso Apolonia Collcca Ponce) había dejado establecido que cuando se cuestionen resoluciones judiciales alegando presunta inconstitucionalidad en las mismas, debía estarse a tres tipos de examen **a)** El de razonabilidad (referido al análisis total o parcial de los actuados en función de la relevancia del caso planteado), **b)** el de coherencia (individualización de la conducta lesiva a partir de sus vínculos con la resolución o resoluciones cuestionadas) **c)** el de suficiencia (Intensidad en el nivel de control que exija el caso planteado).

El Tribunal asumiría el caso examinado como uno en el que resultaba vital el examen de suficiencia, pues aún cuando era necesario reestructurar el proceso judicial cuestionado como consecuencia de haberse declarado fundada la demanda, no se hacía pertinente, en cambio, anular la resolución que específicamente había declarado la paternidad, no porque está no pueda ser dejada sin efecto a la larga y como consecuencia de una eventual acreditación sobre la verdad en torno de la identidad de la menor involucrada, sino porque el estado de incertidumbre tras la recomposición

del proceso, no podía operar en contra del derecho a la identidad de una persona en condición especial.

Así las cosas la demanda se declararía fundada ordenándose retrotraer el proceso cuestionado a la etapa de notificación del mandato judicial de paternidad, aunque suspendiendo los efectos nulificantes sobre la declaración Judicial de Paternidad, lo que significaba que la menor de iniciales P.N.M.L. mantendría su identidad mientras dure todo el proceso de filiación extramatrimonial y a la espera que se ratifique o en su caso rectifique el estado de paternidad respectivo.

L) Sobre los presupuestos del derecho de acceso a la información pública y la improcedencia de un pedido de costos procesales pese a haberse declarado fundada una demanda de habeas data (Exp. N° 01133-2012-PHD/TC. Caso: Jesús Gonzalo Barboza Ruiz).

Otro de aquellos casos atípicos que se presentaría durante el tramo examinado sería resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia publicada con fecha 11 de Septiembre del 2012 en el marco del proceso de habeas data promovido por don Jesús Gonzalo Barboza Cruz contra el Director de la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú.

Lo que se reclamaba mediante la respectiva demanda era **a)** La entrega, viacourier (en el domicilio) de copias de todos los documentos generados en el expediente administrativo del concurso público de méritos para ocupar vacantes docentes en la Escuela de Oficiales de la PNP en el periodo académico 2010-2011, **b)** La devolución del *curriculum vitae* entregado por el recurrente con motivo del citado concurso y **c)** El pago de costas y costos procesales. Según alegaba el demandante, la emplazada había venido negándose a proporcionar lo que solicitaba al no precisarle datos en torno al funcionario que habría de entregarle la citada información, el código de tasas policiales a cancelar y el monto de las mismas.

El Director de la entidad demandada, por su parte, argumentaría la no existencia de vulneración al derecho de acceso a la información habida cuenta que sí se había hecho conocer al demandante la disposición de los documentos solicitados para cuyo efecto debía cancelarse el monto de la tasa respectiva, no siendo en cambio procedente la entrega de la información en su domicilio al no existir fondos ni personal para cubrir dicho pedido.

A nivel de la primera instancia judicial, la demanda sería declarada fundada en parte, específicamente en el extremo concerniente a la entrega del expediente administrativo del concurso de méritos para ocupar vacantes docentes, e infundada en el extremo relativo a la información de las actas individuales de calificación, entrevistas, hojas de vida, documentos

y anexos presentados por el resto de postulantes por tratarse de datos confidenciales de acuerdo a ley. Asimismo sería declarado infundado el extremo en el que se solicitaba la información vía courier. Por último tampoco se fijarían costos ni costas al no haberse acreditado actuación arbitraria de la administración respecto de la entrega de la información solicitada. Estos mismos argumentos, por otra parte, serían reiterados por la sentencia de segunda instancia judicial, la misma que confirmaría los términos de su predecesora.

No obstante tratarse de una resolución estimatoria, el demandante plantearía recurso de agravio en el extremo en el que se denegaba la fijación de costos y costas, ya que si el fallo tenía los alcances señalados, de acuerdo a ley correspondía dicho reconocimiento, no requiriéndose que este último sea expreso.

El Tribunal Constitucional asumiría competencia reconociendo que efectivamente podía pronunciarse sobre el extremo concerniente con los costos. Ello no obstante puntualizaría que en el caso examinado y aún cuando ya no le fuera posible pronunciarse sobre los otros aspectos de la demanda, no podía pasar por inadvertido el error de concepción que, en torno al derecho de acceso a la información pública, habían manejado las instancias judiciales.

En efecto, el Colegiado haría hincapié en que de los actuados del proceso aparecía con toda nitidez que ante la petición de información realizada por el demandante, la entidad demandada había asentido plenamente, pues lo había invitado a sus oficinas a fin de proporcionarle la documentación requerida, indicándole el horario de atención así como las personas con las que debía coordinar telefónicamente la entrega de lo solicitado. Como contrapartida de ello únicamente le había requerido, solventar el costo de las copias fotostáticas mediante las cuales se materializaría su pedido.

Siendo conscientes de tales hechos y de la evidente voluntad de no perjudicar el derecho de acceso a la información del demandante, no terminaría de entenderse como así es que se declararía fundada la demanda cuando la voluntad de agravio no aparecía por ninguna parte. Tan visible sería esta incoherencia, que para hacerla menos cuestionable, es que las instancias judiciales optarían por no establecer costos procesales, pese a ser una consecuencia directa conforme al texto expreso del Artículo 56° del Código Procesal Constitucional<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> El citado dispositivo establece que «Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada...» precisando asimismo que «En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos».

El Tribunal sin embargo, reconocería que aunque no lo era posible pronunciarse sobre la materia controvertida, si era su obligación ratificar cuáles eran los presupuestos materiales del derecho de acceso a la información. En tal sentido se dejaría en claro que los mismos, de cara a lo establecido en la Constitución, resultabansiendo fundamentalmente dos **a)** La carencia de motivación en su ejercicio y **b)** La necesidad de sufragar el costo que supone el pedido. En dicho contexto y si de acuerdo al segundo de los citados presupuestos, la solicitud que se peticionaba imponía pagar lo que se requería, no podía de ninguna manera el recurrente, eximirse del cumplimiento de la citada obligación. Lo que es más delicado, tampoco ni mucho menos podía declararse fundada la demanda.

En tales circunstancias y habiéndose interpuesto recurso de agravio por el recurrente a fin de que le reconozcan los costos procesales, el Colegiado, como no podía ser de otra manera, terminaría desestimando dicha pretensión. Agregando incluso que en lo sucesivo, los presupuestos del derecho de acceso a la información pública deberán interpretarse de conformidad a lo establecido en la citada ejecutoria. Ello a fin de evitar concepciones erradas y por demás contradictorias como la asumida por las instancias de la Justicia Ordinaria.

Desde nuestra perspectiva, se trata de una ejecutoria adecuada para lo atípico del caso pues aún cuando el Colegiado no haya podido hacer nada debido al alcance estimatorio del fallo emitido, si podía, como en efecto lo ha hecho, invocar la adecuada interpretación del derecho objeto de controversia. En consonancia con ello, no es raro, sino perfectamente ajustado a Derecho, que se haya desestimado el extremo recurrido (costos procesales), pues donde no hubo vulneración, menos puede reconocerse tal pretensión.

Aspecto muy importante que queda entre líneas, es el relativo a la posibilidad de individualizar excepciones a los presupuestos del derecho de acceso a la información pública. Y es que aunque la sentencia dejaría en claro que los mismos representan auténticas reglas generales, ello no podría impedir su eventual atenuación sobre la base de supuestos de suyo especiales, como lo podrían ser la afectación de otros bienes constitucionales (en el caso de la entrega de información y aún de las excepciones frente a la misma) o la condición económica sensible de la parte solicitante (en el caso del requisito concerniente con la obligación de costear el pedido).

M) Sobre la exigencia de nivelación en los haberes de los Jueces (Exp. N° 03919-2010-PC/TC. Caso: Juan Peralta Cueva y otros).

Ejecutoria muy importante, no tanto por la controversia planteada, sino por los efectos que generaría, sería sin lugar a dudas la publicada con fe-

cha 21 de Septiembre del 2012 en el curso del proceso de cumplimiento promovido por don Juan Peralta Cueva y otros contra el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Lo que se reclamaba mediante el presente proceso era el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 186° inciso 5), literal b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS) de acuerdo con el cual «...el haber de los Vocales Superiores es del 90% del total que perciben los Vocales de la Corte Suprema; el de los Jueces Especializados o Mixtos es del 80%; el de los Jueces de Paz Letrados es del 70% y 55% el de los Secretarios y Relatores de Sala, referidos también los tres últimos porcentajes al haber total de los Vocales de la Corte Suprema».

En otras palabras se solicitaba proceder a nivelar las remuneraciones de los Magistrados del Poder Judicial a la luz de los porcentajes expresamente establecidos en la ley y que tomaban como referente inmediato las remuneraciones de los Vocales integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la República, pretensión que no obstante haber sido reconocida muchos años atrás venía siendo sistemáticamente incumplida por parte de las autoridades emplazadas. La demanda peticionaba por ende que se cumpla con **a)** Nivelar de manera porcentual y automática las remuneraciones y el bono por función jurisdiccional de los demandantes, conforme a lo establecido por la Ley N° 28901 (Ley que estableció las remuneración de los Vocales Supremos en S/. 15,600 nuevos soles) y el Decreto de Urgencia N° 034-2006; **b)** Homologar la asignación especial por alta función jurisdiccional dispuesta por Resolución Administrativa N° 206-2008-P-PJ del 09 de Octubre del 2008; **c)** Pagar las cuatro remuneraciones totales anuales dispuestas por el Artículo 186° inciso 5), literal c) del D.S. N° 017-93-JUS y **d)** Pagar las remuneraciones devengadas y niveladas desde el 12 de Noviembre del 2006, fecha en que entro en vigencia la Ley N° 28901, mas los respectivos intereses legales.

La procuraduría a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contestaría la demanda señalando que el mandato exigido en la demanda no podía ser cumplido por cuanto implicaba regulaciones adicionales y la autorización del presupuesto respectivo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas.

Mientras que la primera instancia del Poder Judicial declararía improcedente la demanda por considerar que la norma cuyo cumplimiento se invocaba no resultaba de ineludible cumplimiento tras requerirse habilitación presupuestaria para tal efecto, la segunda instancia, en cambio, la declararía fundada específicamente en lo relativo al cumplimiento de la norma exigida aunque sin incluir dentro de la misma a la asignación especial por alta función jurisdiccional dispuesta por Resolución Administrativa N° 206-2008-P-PJ por considerar que la citada asignación, derivada de la

Resolución Legislativa del Congreso N° 003-2008-CR había establecido su carácter no homologable. Tampoco sería acogida la demanda en lo relativo al pago de remuneraciones devengadas niveladas más los correspondientes intereses legales.

En razón de haberse acogido la demanda solo parcialmente se plantearía recurso de agravio constitucional por lo que el Tribunal terminaría pronunciándose sobre el extremo desestimado, no sin antes dejar en claro que el requisito de procedibilidad establecido en la Sentencia recaída en el expediente N° 0168-2005-PC/TC (Caso: Maximiliano Villanueva Valverde) y que impone que el mandato a ejecutar no se encuentre sometidos a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, no debía ser entendido en el sentido de anular cualquier ejercicio de interpretación que realice el juez al momento de examinar la ejecutoriedad de un mandato que se pretende exigir vía proceso de cumplimiento. Razonar de dicha forma, advertiría el Colegiado, podría conducir a un absurdo, como el de considerar que porque una norma legal o un acto administrativo (por más claros y determinantes que fuesen) resultaran contradichos por normas o resoluciones de rango inferior, perderían por dicho motivo toda su eficacia, lo cual tampoco es la idea.

En el contexto señalado, la sentencia enfatizaría pues en que no puede entenderse como controversia compleja o sujeta a interpretaciones dispares, a las originadas de mandatos contenidos en leyes o actos administrativos que deriven su definición de un modo claro a otras normas o actos administrativos que los complementen. En tal sentido y por lo que respecta al caso examinado, la sentencia argumentaría que si bien el Artículo 186° inciso 5), literal b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-93-JUS) debía ser complementado con lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 206-2008-P-PJ y contrastado con otras disposiciones legislativas, incluso con las señaladas por la parte demandada, la exigencia de remisión o contraste no suponía necesariamente controversia interpretativa compleja, ya que la misma podía ser resuelta fácilmente y con claridad. A tales efectos, consideraría el Colegiado que cuando la norma invocada disponía la nivelación remunerativa se refería al total de haberes que perciben los Vocales de la Corte Suprema por cualquier concepto, lo cual evidentemente y como no podía ser de otra manera, incluía el monto correspondiente al bono por alta función jurisdiccional. Por lo demás, la Resolución Legislativa N° 003-2008-CR que dispuso que la asignación por el desempeño de la función congresal no tiene carácter remunerativo ni es homologable, tampoco era de recibo en el ámbito judicial, habida cuenta que éste se rige por su propia Ley Orgánica, según las disposiciones legales vigentes, motivo por el que la demanda resultaría también fundada en el extremo recurrido.

Aunque la ejecutoria emitida, no sería muy bien recibida por algunos sectores vinculados a la hacienda fiscal (que como de costumbre, ponen el grito en el cielo cada vez que se declara fundada una demanda vinculada a derechos económicos) desde nuestra perspectiva la misma se ajusta plenamente a los parámetros constitucionales y legales, habiendo resuelto uno de los reclamos más sensibles que por años han venido haciendo suyo los Magistrados del Poder Judicial, tras constatar una diferencia bastante radical y por demás irrazonable entre lo percibido por un Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República y el resto de Magistrados pertenecientes a otras instancias de la judicatura.

N) Sobre la inconstitucionalidad de un proceso constitucional y la defensa del multiculturalismo, la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas y la autonomía comunal (Exp. N° 01126-2011-PHC/TC. Caso: Juana Griselda Payaba Cachique).

Sentencia particularmente relevante aunque no por ello exenta de cierto grado de discusión, sería emitida en el proceso de habeas corpus promovido por doña Juana Griselda Payaba Cachique en su condición de Presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas contra la División de Seguridad del Estado de la Policía Nacional del Perú con sede en Tambopata, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tambopata y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

Lo que se cuestionaba mediante el presente proceso era principalmente la decisión emitida en el curso de un anterior proceso de habeas corpus por parte de la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios que tras declarar fundada la demanda del citado proceso, le ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, disponiendo adicionalmente, se remita lo actuado al Ministerio Público a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones. A juicio de la demandante del nuevo proceso, tal pronunciamiento permitiría la vulneración de sus derechos a la propiedad y autonomía comunal.

Como se puede advertir, se trataría en el caso enunciado de un habeas corpus contra habeas corpus, hipótesis que aunque atípica, no era tampoco extraña en el ámbito de la jurisprudencia, por haberse presentado muy ocasionalmente en algunas otras oportunidades<sup>10</sup>. Ello no obstante, el presente proceso plantearía algunas características especiales que obligaría a

<sup>10</sup> Probablemente la más notoria de todas, la concerniente con el Exp. N° 03491-2005-PHC/TC (Caso: Raúl Arturo Laynes Romero).

su reconversión en un amparo constitucional habida cuenta de la naturaleza de los derechos involucrados que, en estricto, no tenían que ver con la libertad individual sino, como se dijo, con los derechos a la propiedad y autonomía comunal. Terminaría viéndose entonces como un proceso de amparo contra habeas corpus.

De acuerdo con lo alegado por la demandante, su representada estaba conformada por los pueblos indígenas Shipibo y Ese Eja, encontrándose asentada en la sub-cuenca del Río Madre de Dios en el Distrito de Tambopata, Provincia de Tambopata, Departamento de Madre de Dios. La misma, por otra parte, se encontraba inscrita en el Registro Nacional Desconcentrado de Comunidades Nativas contando con título de propiedad otorgado por el Ministerio de Agricultura. Su territorio, según lo describía, estaba ubicado en una zona de bosques tropicales húmedos constitutivos de su habitat natural siendo que su comunidad sustentaba su subsistencia en las plantas, frutos y animales del bosque así como en la extracción racional y sostenible de madera de los bosques y de los peces del río Madre de Dios. Todo este escenario, según lo señalaba, había sido perturbado en los últimos años como consecuencia de la tala ilegal de madera por personas ajenas a su comunidad las mismas que venían deforestando la zona con fines de explotación ilegal de la minería, lo que atentaba contra el medio ambiente y las especies vivas, sin que nadie se haga responsable ni efectúe fiscalización alguna. En tales circunstancias y al haberse identificado la presencia e incremento de mineros informales, taladores ilegales de madera e incluso de personas dedicadas a la prostitución, es que la Comunidad, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, tomo la decisión de controlar la entrada de vehículos que ingresaban por la trocha carrozable que venía del kilómetro 24 de la carretera Maldonado-Cusco y que pasaba por su territorio, habiéndose construido para tal efecto una caseta de vigilancia. Sin embargo y a raíz de dicho proceder, las empresas de Transporte Los Mineros S.A.C. y Los Pioneros S.R.L. promovieron una demanda de habeas corpus, la misma que termino declarándose fundada por las instancias del Poder Judicial por considerar que se había vulnerado su libertad de tránsito, sin tomar en cuenta que la decisión de su Comunidad se sustentaba en la necesidad de preservar su integridad colectiva de conformidad con el Artículo 149° de la Constitución y el Artículo 18° del Convenio Colectivo 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Todo ello sumado al hecho de haberse iniciado una investigación y persecución penal contra la recurrente por el solo hecho de defender los intereses de su Comunidad.

La Procuraduría Pública del Poder Judicial se apersonaría al proceso solicitando que la demanda sea rechazada en tanto y en cuanto la sentencia constitucional cuestionada, había sido debidamente fundamentada.

Tanto en primera como en segunda instancia judicial, la demanda se-

ría desestimada. Mientras que el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Tambopata lo haría por considerar que el Ministerio Público no tenía facultades para restringir la libertad y por tanto no vulneraba dicho derecho, la Sala de Apelaciones-Sede Central Puerto Maldonado declararía improcedente por mayoría la demanda esencialmente por considerar que no puede acudirse a la Justicia Constitucional con la finalidad de reevaluar los medios probatorios actuados en el proceso constitucional cuestionado ni en la investigación penal en curso.

Tras la desestimación de la demanda y ante la interposición del recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional terminaría pronunciándose sobre el fondo de la controversia, no sin antes merituarla presencia de un cierto quebrantamiento de forma. En efecto aún cuando la sentencia de segunda instancia judicial había sido adoptada sin que existiera coincidencia en el sentido del fallo (dos Magistrados habían opinado por la improcedencia y uno por declarar infundada la demanda) el Colegiado consideraría innecesario recomponer el proceso habida cuenta que la pretensión planteaba un caso de tutela urgente. Por lo demás y al margen de que las demandantes originales del proceso de habeas corpus cuestionado (empresas de transporte Los Mineros S.A.C. y Los Pioneros S.R.L.) no hubiesen sido emplazadas con el nuevo proceso constitucional, se dispondría su comparecencia a efectos de que pueda garantizarse de alguna forma su derecho de defensa, siendo importante anotar en este aspecto, que según lo que afirmarían dichas entidades a nivel del Tribunal Constitucional la razón por la que habían interpuesto el proceso constitucional primigenio respondía, en efecto, al hecho de haberseles obstruido el paso por un camino vecinal pretendiendo la entonces demandada cobrarles un peaje a todas luces ilegal.

En torno a los temas de fondo que planteaba el nuevo proceso el Colegiado estructuraría su raciocinio sobre tres premisas centrales **a)** La idea e importancia del multiculturalismo, **b)** La propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas y **c)** La Autonomía comunal.

En cuanto a lo primero la sentencia enfatizaría en la necesidad de comprender el multiculturalismo no solo como la descripción de una determinada realidad social sino como una política de Estado que opta por el reconocimiento de derechos especiales a las minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales, lo que obliga a repensar la idea de una nación conformada por una única y exclusiva cultura homogénea. En esa misma lógica, se diría, apuntan los Artículos 2° inciso 19) (referido a la identidad étnica y cultural), 48° (relativo a los idiomas considerados oficiales), 89° (concerniente a la autonomía de las comunidades nativas y a la libre disposición de sus tierras), 149° (referido a la Justicia comunal) y 191° (sobre representación por cuotas) de la Constitución del Estado.

En relación con lo segundo la ejecutoria distinguiría entre la concepción tradicional de la propiedad privada y la correspondiente a la perspectiva multicultural. En dicho contexto haría hincapié en que la noción de tierras a la que se refieren los Artículos 88° y 89 ° de la Constitución, debía incluir el concepto de territorio con los matices de autogobierno y autonomía que dicho término involucra, lo que se ajustaría plenamente a la realidad de los pueblos indígenas. Ello no obstante, se dejaría en claro que tal reconocimiento no implicaría incentivar la desintegración del Estado dentro de una lógica separatista y aún cuando el Tribunal nos hablará en algún momento de una suerte de propiedad sobre el territorio de las comunidades, la misma, como cualquier otro derecho, se encontrará limitada por otros bienes constitucionales.

Por último y en cuanto a la autonomía comunal el Tribunal pondrá de manifiesto que la misma tiene diversas formas de expresarse. En este sentido y aún cuando asumirá que una de las formas en que esta se ve materializada es a través del reconocimiento de la función jurisdiccional administrada sobre la base del propio derecho consuetudinario de las comunidades, reconocerá al mismo tiempo y a diferencia del enfoque realizado por la demandante, que en el caso planteado se estaba ante un cuestionamiento motivado en una determinación mas bien no jurisdiccional (la decisión de controlar el tránsito en una determinada vía dentro de su territorio). En cualquier caso se trataría sin embargo y como lo asumiría la sentencia, de una de las tantas variantes en que la autonomía puede ser ejercida y que es consecuencia directa del estatus especial conferido desde la propia norma fundamental, en particular de su Artículo 89°.

Sobre la base de las consideraciones descritas y asumiendo que ninguno de los aspectos señalados había sido tomado en cuenta al momento de resolverse la demanda de habeas corpus primigenia, el Colegiado declararía fundada la demanda de amparo contra dicho proceso disponiendo dejar sin efecto la sentencia con la que éste concluiría, ordenando correlativamente, tener por concluidas las investigaciones iniciadas en el ámbito del Ministerio Público contra la demandante.

Desde nuestro punto de vista y aún reconociendo la importancia de la ejecutoria que aquí hemos glosado consideramos que la misma plantea algunos aspectos opinables que en buena medida, no pueden pasar por desapercibidos.

Entendemos en principio, que el presente caso no solamente planteaba un enfoque sustantivo como el que se le ha otorgado, sino también un encuadramiento procesal que a nuestro modo de ver resultaba indispensable tratándose como en efecto se trataba, del cuestionamiento vía amparo a lo decidido en un anterior proceso constitucional, donde rige el principio de presunción de constitucionalidad del proceso cuestionado y que obliga necesariamente

a acreditar la arbitrariedad manifiesta por parte de las autoridades jurisdiccionales emplazadas. Esto último, como luego se verá, termina siendo sintomático, pues el Tribunal Constitucional, más que demostrar la citada arbitrariedad, lo que ha hecho es ponderar los derechos involucrados de una forma distinta y hastaincluso, en forma algo unilateral.

En efecto, más allá de que el Colegiado haya dispuesto el emplazamiento a nivel de la instancia especializada de las empresas de transporte que promovieron y ganaron el inicial proceso constitucional de habeas corpus (lo que ciertamente, es correcto), ha debido merituar de manera mucho más directa lo que las mismas y sobre todo, las sentencias del proceso de habeas corpus, sostuvieron en torno a los derechos por entonces reclamados (específicamente la libertad de tránsito). Por cierto, nos estamos diciendo con esto (y lo vamos anticipando) que la demanda de amparo contra habeas corpus no haya tenido que prosperar, empero lo real y cierto es que cuando se imputa un proceder judicial arbitrario, el modo de demostrarlo no pasa simplemente por resolver la controversia de modo distinto a como lo hizo la instancia judicial cuestionada, sino por evidenciar que el raciocinio utilizado es absurdo, abusivo o simplemente opuesto al contenido de los derechos fundamentales.

De acuerdo con lo que aparecía en los antecedentes del proceso constitucional primigenio (y que en algún momento de mencionan en la sentencia objeto de comentario) se decía que la Comunidad Nativa Tres Islas no sólo venía restringiendo el paso de las personas por el camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante sino que incluso pretendía obligar a las personas que por allí transitaban a que paguen un presunto peaje. Si esto era o no cierto, naturalmente no correspondía ser visto por el nuevo proceso constitucional, pero sí podía verificarse si la argumentación utilizada había sido la adecuada a los efectos de respaldar la veracidad de tales afirmaciones y sobre todo el fallo estimatorio en el que culminaría. Ello resultaba importante, tanto más, si tomamos en cuenta que en el proceso de amparo contra habeas corpus, supuestamente debía ponderarse la libertad de tránsito con aquellos derechos alegados por la Comunidad y que de una manera o de otra no habían sido tomados en cuenta en el proceso constitucional primigenio.

Si algo puede criticarse duramente de las resoluciones constitucionales emitidas vía habeas corpus, es haber incurrido en un análisis unilateral que ignoró por completo las razones por las cuales la Comunidad Nativa Tres Islas había procedido a restringir la libertad de tránsito; pero si algo resulta evidente en el discurso argumentativo desarrollado por la sentencia del Tribunal que ahora comentamos, es que en el fondo tiene algo del mismo tipo de vicio. Solo se preocupa por analizar los derechos y las argumentaciones en torno a ellos realizadas por parte de la nueva demandante (la

comunidad), más no analiza los derechos invocados por quienes promovieron el primero proceso constitucional (empresas). La ponderación real, obliga a tomar en cuenta la totalidad de bienes involucrados en una controversia para, en razón a ello, decidir cuáles son de satisfacción excluyente. El Colegiado constitucional, lejos de proceder de dicha forma, pareciera asumir que los derechos sólo son para una parte.

Cabe aquí señalar algo sobre lo que luego volveremos, pero que es vital no dejar de lado. El hecho de que el ordenamiento jurídico (e incluso la propia Constitución) reconozca un cierto estatus especial a determinados derechos o bienes en función de su naturaleza o de la condición de quienes los titularizan, no significa que por ese motivo se ignoren los derechos o bienes que se les opongan. Es necesario decirlo pues ningún discurso argumentativo puede considerarse suficientemente sólido si se minimiza o simplemente ignora la posición contraria.

Ahora bien, con independencia de este primer problema que es de enfoque y de argumentación, conviene efectuar unas breves notas sobre algunas de las afirmaciones que utiliza el Tribunal para inclinarse en pro de los derechos demandados vía amparo contra hábeas corpus.

Al respecto y aunque estamos convencidos de la legitimidad en el reclamo formulado por la Comunidad en torno de los derechos que invoca, no nos terminan de convencer, por lo menos en concepción, algunas de las premisas que el Colegiado asume en torno a los mismos.

Decir que el concepto de tierras debe involucrar al de territorio no es tan simple por más que se utilice como referente el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas al que se refieren los Artículos 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos Indígenas o más directamente el Artículo 13° del Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Es preciso delimitar el concepto y distinguirlo del que se maneja en el ámbito del Estado como unidad política. De lo contrario y a nombre de la propiedad sobre el territorio al que se refiere la sentencia, se podría invocar una autarquía absoluta que no creemos que esté en el pensamiento de nadie. Conviene recordar que si el propio Convenio aquí citado establece en su Artículo 46° que el derecho a la autodeterminación indígena de ninguna manera autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos, es porque se asume que las nociones entre territorio de las comunidades y territorio de los Estados, no son en definitiva iguales.

Es cierto y vale la pena siempre recordarlo que los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, como lo dice con meridiana claridad la Disposición Final Cuarta de nuestra Constitu-

ción, pero no es menos cierto que ello no conlleva en la totalidad de los casos, la asunción mecánica de de conceptos, como si representaran exactamente lo mismo.

Cabe resaltar un último aspecto que más que una crítica es una necesidad. El Tribunal durante varios tramos de la ejecutoria se esfuerza en enfatizar que aunque los derechos invocados por la Comunidad son de enorme importancia y que efectivamente han sido vulnerados, los mismos no pueden ser concebidos de una forma ilimitada, sino que deben ser utilizados en armonía con otros derechos y bienes constitucionales. Subrayamos la trascendencia de tales aseveraciones. Sin embargo creemos que ya es tiempo que la jurisprudencia interna, no por referencia a este caso, sino a muchos de los que puedan venir, nos empiece a delimitar de una manera un poco más precisa y por supuesto frontal, cuales son los derechos o bienes que no podrían ser sacrificados bajo ninguna circunstancia. Ello se hace necesario, pues tan importante como resaltar que determinados bienes constitucionales no son ilimitados es concretizar en forma concluyente por donde es que van dichos límites. No proceder de dicha forma, es simplemente saludar a la bandera.

O) Sobre el debido proceso en sede parlamentaria (Exp. N° 0156-2012-PHC/TC. Caso: César Humberto Tineo Cabrera).

Otro de los casos que generaría posiciones contrapuestas sería sin duda alguna el resuelto mediante sentencia publicada con fecha 05 de Octubre del 2012 en el marco del proceso de habeas corpus promovido por don César Humberto Tineo Cabrera contra el Vocal Supremo Instructor, doctor Pedro Guillermo Urbina Gambini y contra el Vocal Supremo de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Hugo Antonio Molina Ordoñez.

Esta Ejecutoria en realidad, más que discutirse por el caso en sí mismo (que planteaba un típico reclamo por supuestas infracciones al debido proceso) o los resultados que tuvo (que en estricto, resultaron desestimatorios), lo fue por los fundamentos que desarrollo a modo de criterios vinculantes. En efecto, el caso Tineo Cabrera es conocido como aquel en el que el Tribunal Constitucional busco establecer un conjunto de pautas que obligatoriamente debían utilizadas en todo proceso parlamentario donde de por medio exista algún tipo de imputación (procedimientos de antejuicio y de juicio político, procedimientos ante las Comisiones Investigadoras y otras Comisiones que reciban el encargo expreso del Congreso de la República).

Diría al respecto el Colegiado que las reglas mínimas que deben ser incluidas en todo proceso parlamentario debían incluir necesariamente el

respeto al principio de legalidad y subprincipio de taxatividad, el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, el derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en sede parlamentaria, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, la regla *ne bis in idem* (nadie puede ser procesado ni sancionado dos veces por la misma causa), el derecho a un plazo razonable en la investigación o en el proceso, las votaciones exigidas en la aplicación de sanciones parlamentarias y las garantías del secreto bancario.

En línea de principio, creemos que nadie puede oponerse a que el debido proceso sea un derecho de obligatoria observancia en cualquier tipo de proceso, incluidos por supuesto, los que lleva a efecto el Congreso de la República. Es más, la propia jurisprudencia supranacional como interna (incluyendo la del Tribunal Constitucional y la del propio Poder Judicial) lo han subrayado en más de una oportunidad, sin que ningún estudioso haya formulado reparo alguno. Sin embargo, teorizar en abstracto sobre todas y cada una de las variables del citado derecho, postulando incluso sus contenidos, sin tomar en cuenta las particulares especificidades de cada proceso o etapa procesal de los procesos parlamentarios, sino nos parece bastante opinable, entre otras cosas por desconocer no sólo la naturaleza especial de los diversos procedimientos parlamentarios, sino la autonomía normativa de la que goza el propio Congreso de la República para configurar cada uno de los mismos.

Es bueno subrayar que cualquier Tribunal o Corte Constitucional puede ir estableciendo criterios mínimos en materia de debido proceso parlamentario cada vez que un caso en particular llegue a su conocimiento y en el contexto de hecho y características que plantea cada uno de dichos casos, pero hacer eso en forma genérica, como si todos los supuestos litigiosos fuesen matemáticamente iguales, nos parece un error de concepción e incluso un peligro para el propio Colegiado, pues su esfuerzo por teorizar de modo absolutista, lo podría encorsetar de cara a futuros reclamos, donde de pronto pueda resultar insuficiente o excesivo lo que dijo en algún momento.

Se hace importante recordar que cuando el mismo Tribunal se ha pronunciado en relación a escenarios procesales distintos al judicial como por ejemplo, el administrativo o el corporativo particular, se ha cuidado en no repetir al pie de la letra lo que representan las reglas y principios esenciales del proceso, sino en adaptarlas, según corresponda a cada uno de los mismos, Y ello ha sido así porque sería absurdo pensar que lo mismo es el proceso judicial (donde las reglas procesales vienen impuestas directamente por la Constitución dentro de una óptica típicamente tribunalicia) que por ejemplo, el proceso administrativo (donde las reglas, sin desvir-

tuar la Constitución, vienen incorporadas por la ley respondiendo a la fisonomía propia de la administración y de sus actores o protagonistas). Si el Colegiado, hubiese pretendido aplicar mecánicamente y sin distinción alguna las reglas del proceso justo a todo tipo de instrumento definidor de controversias o situaciones, los resultados hubiese sido estrambóticos, por decir lo menos.

Si algo deben comprender nuestros jueces constitucionales del presente o del futuro es pues que las líneas jurisprudenciales sobre uno o varios derechos no se construyen de un momento a otro o en forma definitiva o cerrada sino que se perfilan con el tiempo y a la luz de la experiencia que brinda más de una controversia. La experiencia de la jurisprudencia comparada, vista en perspectiva histórica nos brinda muestras suficientes sobre ello.

#### IV. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

Dentro de los procesos constitucionales orgánicos, no se han dado muchos casos que se pudiera considerar relevantes, sin embargo, dentro de lo rescatable hemos seleccionado un par de sentencias que de alguna forma han generado comentarios o discusiones.

##### A) Sobre los gobiernos competentes para regular la minería a gran escala (Exp. N° 0001-2012-PI/TC. Caso Fiscal de la Nación).

Mediante Sentencia publicada con fecha 17 de Abril del 2012, el Tribunal Constitucional se pronunciaría sobre un tema de particular relevancia social y política. Se trataría del proceso de inconstitucionalidad promovido por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional de Cajamarca N° 036-2011-CR.CAJ-CR publicada con fecha 28 de Diciembre del 2011, norma esta última que había dispuesto **a)** Declarar de interés público regional la protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en toda la jurisdicción de la región Cajamarca, **b)** La declaración de inviabilidad el llamado Proyecto Minero Conga, **c)** Encargar al Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca la canalización ante el Congreso de la República, de los procesos investigatorios sobre el Estudio de Impacto Ambiental aprobados por el proyecto Conga y **d)** Dejar sin efecto cualquier norma que se oponga a la citada Ordenanza.

Para nadie es un secreto que en determinadas regiones del Perú y en especial, en la Región de Cajamarca, ha existido una fuerte resistencia de la población a la actividad minera debido a los efectos que su puesta en ejecución ha venido ocasionando sobre el medio ambiente y los recursos

naturales (principalmente el agua). Dicha oposición, naturalmente, no ha sido un asunto de simple discrepancia política (aunque así lo hayan asumido algunas personas) sino de indudable repercusión social. Las poblaciones, en efecto, han visto en la actividad minera, sobre todo en la actividad a gran escala (grande y mediana), un peligro para su propia subsistencia. En tal sentido y más que una bandera de desarrollo y progreso, han percibido en dicho tipo de industria un pretexto para deteriorar, en muchos casos irreversiblemente, el hábitat natural y las condiciones de bienestar que este garantiza. Sumado a todo ello, el hecho de interpretar como insuficiente el accionar del gobierno central en relación a dicha actividad empresarial. No ha sido extraño en dicho escenario que una región como Cajamarca (donde la minería es una constante) haya optado por asumir lo que a su juicio era la única manera de encarar el problema y es así como nos encontramos ante la ordenanza cuestionada que ha intentado paralizar uno de los proyectos mineros más importantes de los últimos tiempos.

El debate sin embargo se suscitó porque a entender del Estado, no era un gobierno regional el llamado a pronunciarse sobre un tema tan importante como el de la gran minería y mucho menos a disponer por sí o ante sí la inviabilidad del mismo. Bajo dicho contexto y conforme lo argumentaría la sentencia, el Gobierno Regional de Cajamarca se había extralimitado en el ejercicio de sus competencias normativas ya que la elaboración de planes de control en torno de la actividad minera a gran escala y principalmente de aquella actividad de carácter extractivo, era de competencia del Gobierno Central no ha así del gobierno regional al cual sólo le estarían conferidas facultades de control sobre la minería pequeña o de carácter artesanal. En todo caso, dejaría en claro la sentencia que aunque la actividad privada es vital para generar riqueza, el Estado de ninguna manera podía renunciar a su rol de fiscalizador en el ejercicio de tal actividad, ya que de por medio se encontraba la tutela permanente al medio ambiente y los derechos que este involucra. La demanda bajo tales circunstancias, se declararía fundada por haberse vulnerado las competencias constitucionales del gobierno central.

Más allá de que se pueda coincidir en el resultado de la sentencia, la misma sin embargo plantea algunos problemas de concepción, que es preciso aquí mencionar. No está muy claro el enfoque que el Colegiado le ha otorgado al proceso planteado. A pesar de que lo tramita y resuelve como un proceso de inconstitucionalidad, sustenta su argumentación como si de un proceso competencial se tratará. Es más todo el debate gira en torno de la invasión de competencias por parte del gobierno regional, pero no fundamenta con precisión la norma o normas constitucionales que a su entender, serían las que directamente se verían afectadas con dicho proceder.

En cuanto al tema de fondo y si se pasa revista a los considerandos de la norma objeto de impugnación se podrá observar que ésta se encontraba

sustentada principalmente o antes que nada, en una decidida defensa a los recursos hídricos de la región Cajamarca. Por supuesto, la misma terminaría por incidir sobre un proyecto minero de gran envergadura, pero su motivación era la que aquí se ha señalado. Se puede estar de acuerdo o en desacuerdo con las aseveraciones de la citada norma y efectivamente merituar si la misma podía hacer o no lo que hizo, pero creemos que lo que debió hacer la sentencia, es no simplemente plantear el problema como uno de típica invasión de competencias a partir de lo que representa la actividad industrial minera, sino de ponderación entre ésta y la citada defensa del líquido elemento a partir del valor que le asignaba el gobierno regional y las hipotéticas consecuencias que su desprotección generaba. Ello era particularmente necesario porque aunque se puede coincidir en que la actividad minera de gran envergadura es competencia del gobierno central no ocurre lo mismo con la protección de los recursos hídricos, ya que ésta es más bien, una competencia compartida como se desprende con meridiana claridad de la Ley de Bases de la Descentralización N° 27783.

No estamos diciendo que no se pudo concluir en la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero tampoco creemos que las cosas sean tan simples como centralizar el debate en aquello que se piensa es lo único relevante para el gobierno central. De ser así, los gobiernos regionales y las competencias reales que les asigna el ordenamiento jurídico (entre las que está por supuesto, la defensa de los recursos naturales), terminarían siendo, simplemente decorativos.

B) Sobre la improcedencia de beneficios penitenciarios en el caso de los condenados por delito de terrorismo, la constitucionalidad de la pena de cadena perpetua y la procedencia del régimen penitenciario especial en el caso de los procesados por delitos graves (Exp. N° 00012-2011-PI/TC. Caso: Más de Cinco Mil Ciudadanos).

Otro de los casos considerados relevantes, sería resuelto por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia publicada con fecha 10 de Agosto del 2012.

Se trataría del proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de Cinco Mil ciudadanos contra el Artículo 2° de la Ley N° 29423 (que había derogado el Decreto Legislativo N° 927) así como contra los Decretos Legislativos N° 982 (que había modificado los Artículos 2°, 20°, 46°-A, 57°, 102° Y 105° del Código Penal), N° 984 (que había modificado el Artículo 11° del Código de Ejecución Penal e incorporado los Artículos 11°-A, 11°-B y 11°-C al mismo cuerpo normativo) y N° 985 (que había modificado el Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 927).

Lo que en esencia se cuestionaba de estas normas era el hecho de que

se haya denegado a los condenados por delito de terrorismo los beneficios penitenciarios que podían otorgarse al resto de condenados por otro tipo de delitos. Se diría al respecto que tal temperamento vulneraba el principio-derecho de igualdad. Asimismo se cuestionaba la subsistencia de la pena de cadena perpetua por considerarla contraria a la dignidad de la persona y al derecho de resocialización del penado. Finalmente se cuestionaba la posibilidad de que se someta a quienes se encontraran procesados por delitos graves al denominado Régimen Cerrado Especial (caracterizado por someter a los internos a un régimen restringido en sus derechos), ya que ello comportaba un trato irrazonable o injusto y a su vez contrario al derecho a la presunción de inocencia.

El cuanto a lo primero, consideraría el Colegiado que la restricción de beneficios como la redención de la pena por el trabajo y la educación, la semi libertad y la liberación condicional, no constituía en modo alguno una medida arbitraria o ilegítima, pues no sólo no se trataba (en el caso de los beneficios) de derechos constitucionales, sino que la naturaleza grave del delito de terrorismo así lo justificaba no siendo en definitiva igual, la situación entre quienes cometían delitos no calificados y aquellos que incurrían en el citado acto criminal.

En cuanto a lo segundo, el Tribunal ratificaría la tesis manejada en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-PI/TC (Caso: Cinco Mil Ciudadanos. Marcelino Tineo Sulca y otros) en el sentido de que la cadena perpetua no se constituye como una pena contraria a la dignidad y a los principios de resocialización de la pena en tanto y en cuanto se encuentre sujeta a un periodo de revisión al cabo de un determinado periodo de tiempo. En el caso examinado y siendo que dicha revisión procedía al cumplirse los treinta y cinco años, no resultaba definitiva como lo asumían los recurrentes.

Finalmente y en lo que respecta a la posibilidad de que los procesados a los que se les imputa la comisión de delitos calificados, sean sometidos al llamado Régimen Cerrado Especial o restrictivo de derechos, el Colegiado estimaría legítima dicha opción, ya que lo que se buscaría con la misma es proteger la integridad de los internos de menor peligrosidad respecto de aquellos que si la tienen, así como evitar la integración indebida de bandas criminales previniendo la eventual planificación de delitos.

En resumen, la demanda de inconstitucionalidad sería declarada infundada.

Desde nuestro punto de vista, se trata de una ejecutoria compatible con la realidad criminal de nuestro país, en donde por diversas razones se observa un cierto desorden al momento de encarar el problema. Si bien la regla es la resocialización del penado y la necesidad de que la condena no se traduzca exclusivamente en un castigo, tampoco quiere ello significar

que quien comete delitos o quien es investigado de incurrir en los mismos (aun reconociendo la diferencia notoria entre una y otra situación) aproveche el sistema para obtener más privilegios de los que su condición exige. En nuestro medio, lamentablemente se evidencia un escenario de extremismos inaceptables. O se quiere tratar a todos los condenados y procesados como una escoria social con absoluta indiferencia de todos sus derechos, o se pretende asimilarlos a una suerte de incomprendidos sociales a los que hay premiar, antes que readaptar. Ni lo uno ni lo otro creemos que sea lo adecuado. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en esta importante ejecutoria.

#### V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como puede observarse, no han sido muchos los temas que se han planteado en el último tramo anual y que puedan considerarse como auténticamente relevantes. Sin embargo, aquí se ha dado cuenta de aquellos que por diversas razones hayan podido generar comentarios en uno u otro sentido.

Puede notarse eso sí, que aunque el Tribunal Constitucional ha seguido intentando dar muestras de protagonismo, ha empezado a sentir, los efectos del agotamiento en algunas de sus líneas jurisprudenciales. Ello puede evidenciarse en algunos casos en los que el enfoque planteado para resolver las controversias ha omitido algunos aspectos de contexto que pudieran haber robustecido de mejor manera sus líneas argumentativas y quien sabe, si hasta variar sus conclusiones.

Si esto es resultado de un cierto desgaste o de la necesidad de una necesaria renovación, es algo que podríamos analizar en otro momento. Pero las cosas andan de la forma descrita y de ello hemos tratado de dar cuenta en el presente trabajo que, al igual que en otras ocasiones, termina siendo indicativo del panorama jurisprudencial existente.

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**1. Temas de interés.**—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

**2. Envío de originales.**—Los originales, que deberán ser inéditos o en todo caso no haber sido publicados en lengua española, se enviarán en lengua española, portuguesa o inglesa, escritos en microsoft word o en formato compatible, y se harán llegar por correo electrónico, a la dirección public@cepc.es o, si ello no fuera posible, en soporte electrónico (CD-ROM), a nombre del Secretario de la Revista, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID.

**3. Formato.**—Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, tamaño 12. La extensión total no podrá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre el autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

### 4. Normas de edición:

a) **Bibliografía.**—Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» al final del original. Ejemplo:

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2005): «La reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80, págs. 20-35.

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2004): *Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005a) y LÓPEZ LÓPEZ (2005b).

b) **Notas a pie de página.**—Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. No se incluirán las referencias bibliográficas completas, sino solamente su forma abreviada. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005): 90.

c) **Citas.**—Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas y a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberán indicarse encerrándolo entre corchetes.

**5. Proceso de publicación.**—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base, en su caso, de informes de evaluadores externos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de un año. Los autores de artículos aceptados para su publicación podrán, en su caso, ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de un mes. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

**6. Copyright.**—Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

**7. Advertencia.**—Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

## COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* no acepta reseñas o comentarios bibliográficos no solicitados. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su revisión.

ISSN 1136-4824



9 771138 482402



0 0 0 1 7

26,00