



ANEXO DE CASOS

CURSO “TEORIA GENERAL DEL DERECHO”

II NIVEL DE LA MAGISTRATURA



CASOS SUGERIDOS

UNIDAD I: VIGENCIA DE LA NORMA JURÍDICA

- **Caso 1:** Sentencia del Tribunal Constitucional N° 018-96-I, publicada el 13 mayo 1997, expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra este artículo, la referencia a la apreciación por el Juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial sólo en relación a la injuria grave.
- **Caso 2:** Caso hipotético sobre matrimonio de personas del mismo sexo.
- **Caso 3:** Caso de la vida real sobre habeas corpus interpuesto en favor de un animal.

Primer Caso

Sobre la apreciación judicial de las causales de separación de cuerpos y divorcio consistentes en la sevicia, injuria y conducta deshonrosa, el texto originario del artículo 337 del Código Civil señalaba lo siguiente:

"Artículo 337.- La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges."

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 018-96-I, publicada el 13 mayo 1997, expedida en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra este artículo, la referencia a la apreciación por el Juez de la sevicia y la conducta deshonrosa, atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial **sólo en relación a la injuria grave**.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Artículo 337 del Código Civil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 018-96-I-TC

En Lima, a los 29 días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete, reunido el Tribunal Constitucional en SESION DE PLENO JURISDICCIONAL, con la asistencia de los señores Magistrados:

Nugent,

Presidente;

Acosta Sánchez,

Vicepresidente;

Aguirre Roca;

Díaz Valverde;

Rey Terry;

Revoredo Marsano;

García Marcelo;

actuando como Secretario Relator (e), el doctor José Luis Echaíz Espinoza, pronuncia la siguiente sentencia; con el voto discordante del Magistrado José García Marcelo.

ASUNTO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santistevan de Noriega, contra el Artículo 337 del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo N°295.

ANTECEDENTES:

Admitida a trámite con fecha 3 de enero de 1997; se ordenó el traslado legal correspondiente al Congreso de la República, que en Sesión de Mesa Directiva, de fecha 30 de enero de 1997, nombró como apoderado del Congreso al señor Congresista, don Jorge Muñoz Ziches, ante este Tribunal.

1. LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad se interpone contra el Artículo 337 del Código Civil, que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges".

Respecto al texto transcrito el accionante expresa, principalmente, lo siguiente:

a) El Artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

Este derecho está reconocido en el Artículo 2, inciso 2), de la Constitución de 1993, así como también está previsto en el Artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo 24 de la Convención de Derechos Humanos.

Aplicando el test de razonabilidad al Artículo 337, se concluye que este es discriminatorio, por las siguientes razones: a) El citado artículo coloca a las personas de escasa educación o de pocos recursos económicos en una situación de desventaja en relación con aquellas personas que si poseen estudios o una buena posición económica; b) Si bien la finalidad de preservar el vínculo matrimonial es legítima, la regulación restrictiva del divorcio en el Código Civil vigente es una muestra de que existen otros medios que pueden conducir al fin sin sacrificar el principio constitucional de igualdad; c) El derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral así como el derecho al honor y a la buena reputación son más importantes que la preservación del vínculo matrimonial; d) No se explica por qué la conducta de ambos cónyuges debe apreciarse solo en las tres causales aludidas en el Artículo 337 y no en las otras, a no ser que se pretenda mantener diferenciaciones históricamente muy arraigadas, y que han situado a vastos sectores de la población en una posición desventajosa y abiertamente contraria al principio de igualdad.

b) El Artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental a la vida, a la integridad moral, psíquica y física.

La violencia contra la mujer, en cualquiera de sus formas, constituye una violación de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral, recogido en el Artículo 2, inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la vida se encuentra reconocido también en el Artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y en el Artículo 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, norma que reconoce también, en su Artículo 5, el derecho a la integridad personal.

La norma impugnada que señala que la violencia física y psicológica se valora teniendo en cuenta la educación, costumbres y conducta de los cónyuges, determina que la protección de los derechos humanos depende del grado de instrucción y del estrato social al que pertenezca su titular.

c) El Artículo 337 del Código Civil de 1984, viola el derecho fundamental al honor y a la buena reputación.

La jurisprudencia ha definido la injuria grave como toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común.

La doctrina ha definido el honor como el sentimiento de autoestima, la apreciación positiva que la persona tiene de sí misma y de su actuación. La reputación es la cara opuesta, porque es la buena idea que los demás se hacen de una persona. El honor y reputación son derechos complementarios de la persona y esenciales para que pueda convivir en sociedad.

No se entiende porqué la valoración de la injuria grave dependa de la condición social de los cónyuges. Ante idénticos insultos una persona de escasa educación puede sentirse tan ultrajada como un profesional adinerado. El derecho constitucional al honor y a la buena reputación debe protegerse al margen de la instrucción de la persona y del estrato social al que pertenezca.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho fundamental al honor y la buena reputación en su Artículo 2, inciso 7). Este derecho se encuentra también reconocido en el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

d) El Artículo 337 del Código Civil de 1984, viola los derechos fundamentales a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

La aplicación del Artículo 337 del Código Civil trae como consecuencia que aquellas personas cuyas demandas de separación de cuerpos o de divorcio sean desestimadas en atención a su educación y costumbre, continúen soportando hechos de violencia, agravios y deshonor, que vulneran

el derecho reconocido en el Artículo 2, inciso 22), de la Constitución Política del Perú.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, el Congreso, a través de su apoderado, el señor Congresista Jorge Muñiz Ziches, la niega y contradice en todas sus partes, principalmente, por los siguientes fundamentos:

a) El Artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley.

El primer deber de protección que tiene el Estado recae en la familia, por eso es que en el Artículo 337 del Código Civil le otorga facultad al juez para poder analizar las situaciones en las que se han producido la sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa a fin de determinar si constituyen causal de separación de cuerpos, siempre teniendo en cuenta la conservación de la familia.

El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad los coloca como precedentes en un orden de prioridad. Estas instituciones existen antes de la ley. La ley sólo las reconoce, lo que equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos por lo que están investidos de protección y conservación.

El Artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la igualdad ante la ley. Basa su fundamento en lo señalado por el constitucionalista José Coloma Marquina, el cual manifiesta que el Tribunal Constitucional Español ha dividido en dos áreas la protección al principio de igualdad, desigualdad en la ley y desigualdad en la aplicación de la ley. Continúa diciendo que, "El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando ésta nace de la Ley, determinando primero, si existe una causa objetiva y razonable que fundamenta la no igualdad; y segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin..."

Es distinto el caso de la desigualdad en la aplicación de la ley: citando al constitucionalista José Coloma, el demandante sostiene que se viola el principio en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal Constitucional Español, de conducta arbitraria. A diferencia del test que se aplica en casos de desigualdad en la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, ésta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así serán razonables las subnormas deducidas de la norma aplicable de acuerdo a cómo fueron utilizadas. En el control de igualdad en este caso, lo fundamental para el

órgano de protección de la igualdad, sino plasman una adecuada tutela Judicial.

b) El Artículo 337 del Código Civil no viola el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física.

Según los demandados, que citan a José Rubén Taramona, la sevicia puede definirse como el trato cruel que da uno de los cónyuges al otro, actos vejatorios realizados a fin de producir un sufrimiento que logre exceder el respeto entre marido y mujer. La sevicia "Se expresa por maltratos físicos, siendo apreciada por los daños materiales que produce. Lo que busca el cónyuge agresor es el sufrimiento del otro cónyuge logrando exceder el mutuo respeto entre marido y mujer..."

Considera la parte demandada que el Artículo 337 no contribuye a la violación de estos derechos, pues el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima en ese momento.

Lo que puede ser sevicia para unos, calificada como una causal de separación de cuerpos puede ser tolerable para otros, por lo que no daría lugar al fundamento de la demanda.

Está condicionado al arbitrio judicial, a la interpretación del juez teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas y culturales del cónyuge que invoca la acción, evaluando si las causas del maltrato fueron graves o no, si se trata de un hecho aislado o de un verdadero hábito; si los hechos ocurrieron en público o en privado, o si el uso de la fuerza ocurrió en defensa de un derecho o arbitrariamente.

c) El Artículo 337 del Código Civil no viola el derecho al honor y la buena reputación.

Cada persona tiene un conjunto de características propias que constituyen su identidad, por lo tanto, si para unas personas las causales previstas en el Artículo 337 del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otros no puede serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores.

Por otra parte, los demandados señalan que "la injuria grave esta relacionada a las ofensas que se realizan al honor y dignidad del cónyuge, producidas en forma reiterada e intencional por el agresor haciendo insoportable la vida en común. Esta puede darse en forma escrita, verbal, actitudes que denotan un ultraje y que representen un vejamen hacia la personalidad y dignidad". Como atenuación parcial, sostienen, que hay que tener en cuenta que los Tribunales aceptan como principio jurídico el aforismo clásico "Scienti et consentienti non fit injuria" (Al que conoce y consiente, no se le causa injuria o perjuicio).

d) Respecto a la violación al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

La conducta deshonrosa consiste en la realización de hechos carentes de honestidad que atentan contra la estimación y respeto que deben existir entre los cónyuges a fin de lograr la armonía conyugal. La parte demandada no expone mayores argumentos de contestación, respecto a este punto.

Finalmente, considera que la norma contenida en el Artículo 337 del Código Civil, no es inconstitucional en tanto que ella sólo faculta al juez "a tener en cuenta" ciertos criterios en función de la naturaleza de las causales invocadas, pues éstas se constituyen luego en juicio valorativo.

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, así como los manifestados a la vista de la causa, y los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, y habiéndose efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto por el Presidente del Tribunal;

FUNDAMENTOS:

Considerando:

1. Que se ha planteado la presente acción con el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del Artículo 337 del Código Civil, que establece que "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges"; que la mencionada disposición se relaciona sistemáticamente con las causales de separación de cuerpos previstas en los incisos 2), 4) y 6) del Artículo 333 del mismo cuerpo legal y con las causales de divorcio vincular, conforme al Artículo 349 del Código Civil.

2. Que, en consecuencia, este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del Artículo 337 del Código Civil, como alega el demandado; que el principio de igualdad que la Constitución consagra en su Artículo 2 inciso 2) exige, en primer lugar, que la diferenciación en el tratamiento jurídico persiga una finalidad legítima; que es legítima la finalidad del Artículo 337 del Código Civil pues consiste en la conservación del vínculo matrimonial, y que es deber del Estado, plasmado en el Artículo 4 de la Constitución, proteger a la familia, promover el matrimonio y reconocer a ambos como institutos fundamentales de la sociedad; que, sin embargo, también es legítima y constitucional la finalidad dentro y fuera del matrimonio, de la defensa y del

respeto a la dignidad de la persona humana, como lo establece el Artículo 1 de la Constitución vigente, así como la protección del Estado a la vida, integridad moral, física y psíquica de la persona humana y de su libre desarrollo y bienestar, como lo dispone el Artículo 2 inciso 1) de la Constitución; que también es legítimo y constitucional el derecho de toda persona al honor y a la buena reputación como se desprende del Artículo 2 inciso 7) de la Constitución; que el derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, también constituye una finalidad legítima y constitucional plasmada en el Artículo 2 inciso 22) de la Constitución y, por ello, resulta legítimo y constitucional el precepto del Artículo 2 inciso 24), h de la Constitución cuando ordena que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tratos inhumanos o humillantes.

Que, en consecuencia, nos encontramos ante dos valores reconocidos como constitucionales y legítimos: la defensa y conservación del vínculo matrimonial, finalidad del Artículo 337 del Código Civil, y la defensa de algunos de los derechos fundamentales de la persona individual, este o no casada.

Que, el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el tratamiento desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales; que los derechos personales a la dignidad, a la integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, sus costumbres, su conducta o su identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

Que, si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Artículo 337 del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse a la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues, a juicio de este Tribunal, los derechos humanos citados tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

El Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano.

3. Que, el término "sevicia" utilizado en el Artículo 337 del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe

entenderse sustituido por el de "violencia física y psicológica" y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia, de modo objetivo; que, planteada la demanda de separación de cuerpos o de divorcio por el cónyuge agredido, y comprobada la existencia de violencia por acto o por conducta del otro cónyuge queda configurada y tipificada la circunstancia a que se refieren los Artículos 333 y 349 del Código Civil como causal de separación de cuerpos y de divorcio vincular, pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física o psicológica por uno de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o al divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados, y no cabe, por ende, supeditar su carácter de causal, a la educación o conductas de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez mas civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que, respecto a la injuria grave, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la "gravedad" es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e

interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que, el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor interno del demandante y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o divorcio. No quiere esto decir que el juzgador deba clasificar la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de estas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el Artículo 337, debe necesariamente concordarse con el inciso 6) del Artículo 333 y con el Artículo 349 del Código Civil, es decir que no constituye causal cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que "haga insoportable la vida en común". En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que "haga insoportable la vida en común" para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6) del Artículo 333 del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los

cónyuges y que dicha conducta hace razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva al derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

Que, en lo que concierne a la costumbre, si bien el término "conducta" sugiere una "serie" de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende, una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no "constitucionaliza" la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de "hacer insoportable la vida en común" supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Que, en base al Artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política, que prohíbe distinguir entre las personas por motivos de origen, condición económica o de cualquiera otra índole; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por el Perú el 22 de marzo de 1996, en especial a su Artículo 6 que proclama "el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación", derecho que este Tribunal también reconoce a todo varón; al Artículo 2 inciso 7) de la Constitución Política que reconoce el derecho fundamental al honor y a la buena reputación, que concuerda con el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al Artículo 20 inciso 22) de la misma Constitución Política, que consagra el derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y, vistas las sugerencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este Tribunal considera que los medios escogidos por el legislador, es decir, la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo el derecho personal a la integridad física, psíquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena

reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

Por estas consideraciones el Tribunal Constitucional

FALLA:

Declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, don Jorge Vicente Santistevan de Noriega, contra el Artículo 337 del Código Civil, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El Artículo 337 del Código Civil, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.

Regístrese y publíquese en el Diario Oficial, en el plazo de Ley.

SS. NUGENT; ACOSTA SANCHEZ; AGUIRRE
ROCA, DIAZ VALVERDE, REY TERRY
REVOREDO MARSANO; GARCIA MARCELO

VOTO DEL SEÑOR GARCIA MARCELO CONCORDANTE CON LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA Y DISCORDANTE, PARCIALMENTE, CON LA PARTE RESOLUTIVA DE SU FALLO.

El Magistrado que suscribe no obstante concordar con la mayoría de los fundamentos contenidos en la sentencia y disentir sólo parcialmente, de la parte resolutive contenida en su fallo, estima que debe declararse Fundada en todos sus extremos la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra el Artículo 337 del Código Civil y en consecuencia Inconstitucional el referido precepto.

FUNDAMENTOS

Que si bien es cierto que la "injuria grave" como causal de divorcio se encuentra directamente relacionada con la hipótesis de transgresión al derecho al honor, principalmente en su dimensión o esfera interna antes que en su dimensión o esfera externa, ello no supone en modo alguno que los hechos

reputados como gravemente injuriosos incidan exclusiva y excluyentemente respecto del sentimiento subjetivo de la persona afectada pues todo insulto calificado, resulta tan reprochable como nocivo para la relación conyugal o de pareja que no es por principio un asunto sólo individual sino también social, tal y como se desprende del Artículo 1 de la Constitución que reconoce como el fin supremo de la sociedad y el Estado la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, y más aún, el Artículo 4 de la misma Norma Fundamental que señala como deber de la comunidad y el Estado, promover al matrimonio, que no supone por supuesto y como es evidente, una relación sustentada en el maltrato moral de las personas.

Que en concordancia con lo manifestado, resulta inaceptable la invocación de la ponderación judicial tomando en cuenta circunstancias de educación, costumbre y conducta de los cónyuges, cuando se trata de merituar la causal de "injuria grave", pues ello equivaldría a decir que menos dignidad u honor, le corresponden a una persona de inferior educación o posición socioeconómica que a una persona venturosamente nacida en el seno de un hogar con mejores condiciones, cuando el insulto agravado no deja de ser en cualquier circunstancia una ofensa indiscutible por donde se le mire.

Que por otra parte y correlativamente a la transgresión del derecho constitucional al honor y dignidad personales, la exigibilidad de la antes citada ponderación judicial afecta con la misma intensidad tanto el derecho a la integridad moral de las personas como el derecho a la igualdad ante la ley, reconocidos ambos en los incisos 1) y 2) del Artículo 2 de la Constitución del Estado, circunstancia al parecer no merituada debidamente en los fundamentos de la sentencia.

Que por último, no existen a mi juicio elementos notoria o razonablemente distintivos entre las causales de sevicia y conducta deshonrosa por un lado y la de injuria grave, por otro, siendo por el contrario las situaciones prácticamente iguales, lo que hace aplicable el principio según el cual "donde existe la misma razón, existe el mismo derecho", siendo en consecuencia igual de inconstitucionales, las tres hipótesis recogidas por el impugnado Artículo 337 del Código Civil.

GARCIA MARCELO



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

Luego de revisar y analizar la jurisprudencia propuesta, responda claramente:

1. ¿Cuáles fueron las razones esenciales de la decisión tomada por el TC y como afectaron la vigencia del texto originario del art. 337 del Código Civil?

2. ¿Actualmente podría sostenerse que las mismas razones que sustentaron la decisión tomada por el TC en relación a las causales de sevicia y de conducta deshonrosa podrían hacerse extensivas también a la causal de injuria grave?

3. ¿Cree usted que a partir de dicho fallo podrían haberse reabierto casos anteriores al mismo que fueron desestimados en aplicación del texto originario del art. 337 del CC en atención a nueva reflexión del caso por el carácter dinámico del Derecho?

Segundo Caso

Caso hipotético sobre matrimonio de personas del mismo sexo.

Carlos y Enrique conforman una feliz pareja desde hace más de 20 años atrás, época en la que radicaban en un país europeo donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por razones profesionales y familiares, recientemente decidieron regresar a su país de origen, Perú.

Cuando deciden formalizar su unión de hecho en nuestra patria, contrayendo matrimonio, pues ambos son formalmente solteros, se presentan ante la Municipalidad del distrito donde viven para que los una civilmente. Sin embargo, la comuna denegó la solicitud, alegando que ello no era viable, dado que el Código Civil peruano sólo permite la unión de varón y mujer, conforme dispone textualmente el artículo 234° del Código Civil y artículos 4° y 5° de la Constitución Política.

Ante la denegatoria, que fue confirmada en última instancia administrativa, alegando su derecho a una vida digna, a un trato no discriminatorio, a su libre desarrollo y, en suma, a la felicidad, persisten en su intención, por lo que deciden interponer un proceso constitucional de amparo para que un juez de protección a su pretensión matrimonial y ordene al Municipio casarlos.

Los demandantes argumentan que el texto literal del artículo 234 del Código Civil, en cuanto a la exigencia de que los contrayentes sean necesariamente "varón y mujer" ha devenido en inconstitucional y, por ende, ha sido tácitamente derogado por las respectivas normas constitucionales que protegen sus derechos fundamentales anteriormente mencionados, a partir de una cabal interpretación de los mismos en el marco del neoconstitucionalismo.

BASE LEGAL MINIMA PARA EL DESARROLLO DEL CASO:

CÓDIGO CIVIL

Artículo 234.- Noción del matrimonio

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

- 1.** A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
- 2.** A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- Concubinato

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

Luego de revisar y analizar la jurisprudencia propuesta, responda claramente:

1. ¿Se ha producido la derogación o modificación tácita del art. 234 del CC?

2. De ser afirmativa su respuesta ¿esta derogación o modificación sería total o parcial?

3. ¿Cómo resolvería usted este caso si fuera el juez de la causa? Sustente su posición.

Tercer Caso.

Caso de la vida real sobre habeas corpus interpuesto en favor de un animal

HABEAS CORPUS A ORANGUTAN COMO PERSONA NO HUMANA.

En diciembre de 2014, la Justicia argentina concedió un "hábeas corpus" que reconoce los derechos básicos como "sujeto no humano" a una orangután para que pueda ser trasladada a Brasil y vivir en semilibertad.

En un fallo inédito, la Sala II de la Cámara de Casación Penal dispuso que la orangután de Sumatra de nombre Sandra, que ha pasado 20 años en el zoológico de Buenos Aires pueda gozar de semilibertad y se le reconozca como persona jurídica.

La resolución, firmada por los magistrados Alejandro Slokar, Ángela Ledesma y Pedro David, sienta precedente en la jurisprudencia argentina, que hasta ahora consideraba a los animales como cosas.

En el caso de Sandra, el tribunal resolvió por unanimidad "a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente".

El "hábeas corpus" en favor de la orangután fue solicitado el pasado noviembre por la Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales (Afada), alegando "el confinamiento injustificado de un animal con probada capacidad cognitiva".

Afada solicitó que Sandra "pudiera vivir entre sus congéneres y en un lugar adecuado".

El Juzgado de Instrucción N° 47 de la ciudad de Buenos Aires, desestimó la petición, que fue apelada y de nuevo rechazada.

A partir del fallo de la Cámara de Casación Penal, el Zoológico de Buenos Aires cuenta con 10 días hábiles para llevar el caso ante la Corte Suprema de Justicia.

Si el Alto Tribunal no frena la liberación, la orangután será trasladada a un santuario en Brasil donde vivirá en semilibertad.

Sandra nació en 1986 en el zoológico alemán de Rostock y llegó al zoológico de Buenos Aires en septiembre de 1994¹.

BASE LEGAL MINIMA PARA EL DESARROLLO DEL CASO:

Código Civil

Sujeto de Derecho

Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

TITULO II

Derechos de la Persona

Capacidad de Goce

Artículo 3.- Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.

Igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de sus derechos

Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

¹ Ver en:

<http://www.maspormas.com/noticias/global/por-primera-vez-un-orangutan-es-considerado-persona-no-humana#sthash.ngLzTWP1.dpuf>

Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales

Artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

Luego de revisar y analizar la jurisprudencia propuesta, responda claramente:

1. ¿Resolvería usted este caso igual que los magistrados argentinos que concedieron el habeas corpus?

2. De ser positiva su respuesta, ¿Consideraría que un fallo en dicho sentido tendría que asumir que se ha producido un supuesto de derogación o modificación de alguna norma del Código Civil sobre los derechos de la personalidad?

3. De ser afirmativa su respuesta a la pregunta anterior ¿esta derogación o modificación sería total o parcial, por causa extrínseca o intrínseca?



CASOS SUGERIDOS

UNIDAD II: LA ACEPTACIÓN SOCIAL O LEGITIMIDAD SOCIAL COMO PREMISA PARA LA VALIDACIÓN DE TODA NORMA JURÍDICA

- Caso 1: "Justicia británica dictaminó que beber durante el embarazo no es delito".
- Caso 2: "La francesa a la que le negaron la eutanasia se suicidó con barbitúricos".
- Caso 3: Resolución N° 197-2016-JNE, por la cual por mayoría se resolvió dejar fuera de la carrera electoral al candidato Julio Guzmán.

Primer Caso.

"Justicia británica dictaminó que beber durante el embarazo no es delito".

A continuación, transcribimos una noticia sintetizada con la frase: "Justicia británica dictaminó que beber durante el embarazo no es delito".

La justicia británica dictaminó el jueves que beber mucho alcohol durante el embarazo no es un delito aunque dañe al bebé, resolviendo así un caso que había creado expectativas por sus consecuencias potenciales.

"Una madre que está embarazada y bebe en exceso pese a conocer las consecuencias potencialmente dañinas para el niño no es culpable de un delito criminal bajo nuestra ley aunque resulte en el nacimiento del niño con daños", afirma la resolución de tres jueces de la corte de apelaciones de Londres.

La demanda fue interpuesta por una autoridad municipal que pedía una indemnización para una niña de siete años que tiene a su cargo y que nació con severos problemas provocados por el consumo de alcohol de su madre.

En un sistema legal en el que manda la jurisprudencia, la sentencia sienta un precedente cuya trascendencia habría sido enorme de haber ido en dirección contraria.

El caso había provocado un debate sobre los peligros del alcohol pero también sobre los derechos de los fetos, en un país en que el aborto es legal desde 1967.

Si bien nunca se sugirió presentar cargos contra la madre, algunas organizaciones que defienden los derechos de las mujeres avisaron de que el caso podía abrir la puerta a que la policía tomara medidas contra mujeres embarazadas con problemas con el alcohol.

Ann Furedi, del British Pregnancy Advisory Service (Servicio británico asesor del embarazo), y Rebecca Schiller, de Birthrights, alabaron la decisión de la corte: "es un dictamen muy importante para las mujeres".

"Las más altas cortes británicas han reconocido que las mujeres pueden tomar sus propias decisiones durante el embarazo", dijeron en un comunicado.

El dictamen pone fin a cinco años de batalla legal entre la autoridad municipal y la CICA, la autoridad que atribuye indemnizaciones por daños sufridos por delitos.

La niña, a la que sólo se identificó como CP, sufre un caso grave de síndrome alcohólico fetal, una patología que engloba desde un desarrollo intelectual lento a daños faciales y problemas coronarios o renales.

Fuente: Agencia AFP (05 de diciembre de 2014)



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

Imagine que este caso se produce en nuestro país, donde el INABIF ha despojado a la madre de la niña de su custodia, que es ejercida ahora por dicha institución, siendo que la niña tiene pocos meses de nacida y presenta gran parte de los perjuicios derivados de la ingesta de alcohol por la madre de la menor.

1. Si el INABIF formulase una demanda de indemnización contra la madre de la menor, para que se indemnice a ésta última por los graves daños que padece, derivados de la situación descrita ¿Cómo resolvería usted la demanda?

2. Si a partir de dicho caso se aprueba una ley que faculta al Estado a recluir a las madres alcohólicas embarazadas para tratarlas de su adicción e impedir que ingieran más alcohol que dañe al feto y una de dichas madres formula un habeas corpus para ser liberada de dicha reclusión ¿Cómo resolvería usted la demanda?

3. ¿Qué opina de la forma en que el caso fue resuelto por la Justicia Británica?

Segundo Caso

"La francesa a la que le negaron la eutanasia se suicidó con barbitúricos".

A continuación, transcribimos una noticia sintetizada de la frase anterior.

8:28 | Chantal Sébire, quien tenía un tumor incurable en el rostro, falleció el 19 de marzo, dos días después de que le negaran su petición

París (EFE).- La francesa Chantal Sébire, cuyo caso relanzó el debate de la eutanasia en Francia tras haber pedido a la justicia el derecho a morir dignamente, se suicidó con [barbitúricos](#), según los resultados de los análisis anunciados hoy por el fiscal que investiga el caso.

La mujer, enferma de un tumor incurable que le causaba dolores atroces, [apareció muerta en su domicilio](#) cerca de Dijon el pasado 19 de marzo, dos días después de que un tribunal le negara su petición de que se le practicara la eutanasia activa.

El fiscal de Dijon, Jean-Pierre Alacchi, ha asegurado que los análisis toxicológicos que había ordenado revelaron que absorbió una "dosis mortal" de barbitúricos.

La autopsia ordenada por el Ministerio Público no había clarificado las causas de su muerte, por lo que Alacchi ordenó análisis complementarios sobre sustancias encontradas en su cuerpo.

Su caso había reabierto en Francia el debate sobre la eutanasia e, incluso, motivó que el Gobierno encargase un estudio sobre las eventuales lagunas de la legislación gala sobre eutanasia y derecho a morir dignamente.

Su petición para que le practicasen una eutanasia activa para morir sin dolor era, de hecho, la primera de este tipo a la que se enfrentaba la justicia desde la ley del 2005 sobre el derecho de los pacientes.

Esa legislación contemplaba, en ciertos casos, el derecho a "dejar morir", suspendiendo la administración del tratamiento, pero no permite a los médicos practicar la eutanasia activa.

De acuerdo con esa normativa, a Chantal Sébire le habían propuesto la posibilidad de un coma inducido que pudiera aplacar su dolor hasta el momento de la muerte natural. Pero su deseo era morir.

Aparece muerta la mujer a la que negaron eutanasia

15:59 | Las autoridades desconocen las causas de la muerte de Chantal Sébire quien padecía de un terrible mal

París (EFE) .- Chantal Sébire, la mujer que hace unos días vio rechazada por la Justicia su petición de que se le aplicara la eutanasia, ha sido hallada muerta en su domicilio en las cercanías de Dijon (este), confirmaron hoy fuentes del Ministerio del Interior.

Sébire, de 52 años, padecía un tumor incurable en la cavidad nasal que se iba extendiendo hacia el cerebro y la producía serios daños, como una ceguera progresiva, así como intensos dolores.

Por el momento se ignoran las circunstancias en que se ha producido la muerte de la mujer, una maestra de escuela con tres hijos que apeló a la "humanidad" de la Justicia en su deseo de morir con dignidad.

Su petición ante la Justicia, la primera de ese tipo registrada en Francia, no prosperó debido a que el juez aplicó la legislación francesa sobre cuidados paliativos, del 2005. De acuerdo con esa normativa, a la enferma se le había propuesto la posibilidad de un coma inducido que pudiera aplacar su dolor hasta el momento de la muerte natural.

El tipo de dolencia de Sébire sólo es padecida por unas doscientas personas en el mundo y tiene como efecto la deformación anómala de su cara, así como un sufrimiento permanente que dosis de morfina no conseguían limitar plenamente.

La experiencia de Chantal Sébire ha suscitado un debate en Francia acerca de la eutanasia e incluso motivado que hoy mismo el Gobierno haya encargado al diputado Jean Leonetti un estudio sobre las eventuales lagunas de la legislación.

Leonetti fue el ponente de la ley de 2005 que regula casos como el de la mujer de Dijon y para lo que la única respuesta es la denominada eutanasia pasiva, que permite a los médicos dejar morir, pero no ocasionar la muerte de modo activo.

También hoy el médico de Sébire, Emmanuel Debost, acudió al Palacio del Elíseo para trasladar el informe médico de su paciente al asesor del presidente de la República para temas de salud, Arnold Munnich.

Antes de conocer la sentencia del tribunal de Dijon Chantal Sébire había declarado estar dispuesta a cumplir con su deseo de morir dignamente e incluso apuntó la posibilidad de desplazarse a Suiza, uno de los países europeos que autoriza la eutanasia activa junto con Holanda y Bélgica.

El caso ha generado divisiones en el seno del Gobierno, donde el titular de Exteriores y médico de formación, Bernard Kouchner, abogó hoy por permitir a la enferma la eutanasia activa para que no se suicidara "en la clandestinidad, algo con lo que todo el mundo sufriría, sobre todo su familia".

A continuación una foto real de la señora Sébire antes de morir:



Caso propuesto:

Asuma que los hechos centrales antes mencionados acontecen en el Perú y que la señora Sébire interpone un proceso de amparo destinado a que el Poder Judicial ordene al Ministerio de Salud facilitarle el sometimiento voluntario a una eutanasia activa que ponga fin a sus padecimientos.

La señora Sébire alega que todo ser humano tiene derecho a una vida digna y que el padecimiento físico y psicológico intolerable constituye un atentado contra dicha dignidad esencial.

Agrega que en el derecho a una vida digna subyace también el derecho a una muerte digna y que cualquier norma que se oponga a ello, deviene en inconstitucional.

Insumos normativos:

Constitución Política

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

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

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Código Penal

Artículo 112.- Homicidio piadoso

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Ley General de Salud (Ley 26842)

Art. I del TP.- La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Art. III del TP.- Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.

Artículo 17.- Ninguna persona puede actuar o ayudar en prácticas que signifiquen peligro, menoscabo o daño para la salud de terceros o de la población.



This image shows a single sheet of white paper with horizontal blue or grey ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are approximately 20 lines visible. The paper appears to be a standard notebook page or a sheet of stationery.

Tercer Caso

Resolución N° 197-2016-JNE, por la cual por mayoría se resolvió dejar fuera de la carrera electoral al candidato Julio Guzmán.

Expediente N.° J-2016-00264

LIMA

JEE LIMA CENTRO 1 (EXPEDIENTE N.° 0064-2016-032)

ELECCIONES GENERALES 2016

RECURSO DE APELACIÓN

Lima, ocho de marzo de dos mil dieciséis

VISTO en audiencia pública de la fecha el recurso de apelación interpuesto por el partido político Todos Por el Perú, representado por su personero legal Jean Carlos Zegarra Roldán, en contra de la Resolución N.° 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, emitida por el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, que declaró fundadas las tachas formuladas por los ciudadanos Santiago Salas Ramírez, Carlos Enrique Ortiz Ñahuis, Hernando Guerra-García Campos, Malzón Ricardo Urbina La Torre, David Jesús Quintana, Nicanor Alvarado Guzmán, Antonio Sigifredo del Castillo Miranda, Walter Pedro Villegas Limache y Gustavo Gutiérrez Ticse, Víctor Gabriel Hernández Cochachi y Luis Alfredo Aparcana Rodríguez; improcedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial y nula la Resolución N.° 002-2016-JEE-LC1/JNE del 24 de febrero de 2016, que dispuso la admisión a trámite de la solicitud de inscripción de la referida fórmula presidencial, en el marco de las Elecciones Generales 2016, y oídos los informes orales.

ANTECEDENTES**El procedimiento de inscripción de la fórmula presidencial seguido ante el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1**

1. El 11 de enero de 2016, el partido político Todos Por el Perú presentó ante el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1 (en adelante JEE), su solicitud de

inscripción de fórmula presidencial, con el propósito de participar en las Elecciones Generales 2016.

2. Recibida la solicitud, y antes de cumplir con su calificación en el plazo máximo de tres días naturales, conforme lo dispone el artículo 36, numeral 36.1, del Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes ante el Parlamento Andino, aprobado por Resolución N.º 0305-2015-JNE (en adelante el Reglamento de inscripción), el JEE cursó el Oficio N.º 269-2016-JEE-LC1/JNE, el 27 de enero de 2016, a la Dirección Nacional de Registro de Organizaciones Políticas (en adelante DNROP), para que remita la resolución recaída en el procedimiento de inscripción de modificación del estatuto iniciado por el referido partido político, e informe sobre la afiliación de Alan Gerardo Bravo Gutiérrez, miembro del Tribunal Nacional Electoral.

Al día siguiente, con el Oficio N.º 197-2016-DNROP/JNE, la DNROP remitió al JEE una copia de la Resolución N.º 017-2016-DNROP/JNE, que declaró improcedente la solicitud de modificación del estatuto presentada por el partido político Todos Por el Perú, e informó que Alan Gerardo Bravo Gutiérrez no figura inscrito en el Registro de Organizaciones Políticas (en adelante ROP) como vocal del tribunal electoral ni como afiliado del citado partido político.

3. Posteriormente, por oficio del 17 de febrero de 2016, la DNROP puso a conocimiento del JEE la Resolución N.º 093-2016-JNE, del 15 de febrero de 2016, recaída en los Expedientes N.º J-2016-0041 y N.º J-2016-0069, que declaró infundados los recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones N.º 010-2016-DNROP/JNE, del 14 de enero de 2016, y N.º 017-2016-DNROP/JNE, del 28 de enero de 2016, que declararon improcedentes las solicitudes de modificación de estatuto, cambio de símbolo e inscripción del Comité Ejecutivo Nacional y del Tribunal Nacional Electoral del partido político Todos Por el Perú.
4. Ante ello, el JEE procedió a calificar la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial presentada por la mencionada agrupación política y la declaró inadmisibles por Resolución N.º 001-2016-JEE-LC1/JNE, del 19 de febrero de 2016, sobre la base de dos observaciones:
 - a. Los miembros del Tribunal Nacional Electoral que suscribieron el acta de elecciones internas de los candidatos a presidente y vicepresidentes de la República (Pablo Omar Castro Moreno, presidente, César Augusto

Loredo Rosillo, secretario, y Alan Gerardo Bravo Gutiérrez, vocal) no están inscritos en el ROP del Jurado Nacional de Elecciones.

- b. Alan Gerardo Bravo Gutiérrez, vocal del referido tribunal electoral, no presenta registro de afiliación en el Sistema de Registro de Organizaciones Políticas.

- 5. A fin de subsanar las observaciones señaladas por el JEE, el 21 de febrero de 2016, el partido político Todos por el Perú presentó un escrito en el que manifestó lo siguiente:

- a. El Tribunal Nacional Electoral fue designado por Resolución N.º 005-2015/CEN/TPP, del 11 de noviembre de 2015, del Comité Ejecutivo Nacional, electo a su vez por la Asamblea Electoral en sesión del 24 de octubre de 2015, "con arreglo a los nuevos estatutos aprobados en la Asamblea General del 10 de octubre de 2015".

En respaldo de sus afirmaciones, presentó la siguiente documentación: i) el acta de la asamblea general del 10 de octubre de 2015, en la que se aprobó el nuevo estatuto del partido político, "una de cuyas modificaciones fue la forma de conformación del TNE", ii) el acta de la asamblea electoral del 24 de octubre de 2015, en la que se eligió al nuevo Comité Ejecutivo Nacional, iii) el acta del Comité Ejecutivo Nacional del 11 de noviembre de 2015, que designa al nuevo Tribunal Nacional Electoral, iv) la Resolución N.º 005-2015/CEN/TPP, mediante la cual el Comité Ejecutivo Nacional designa al Tribunal Nacional Electoral que condujo el proceso de elecciones internas, y v) el acta de la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016, en la que se acuerda confirmar los actos partidarios señalados precedentemente, además de "todos los actos y acuerdos adoptados por el nuevo Tribunal Nacional Electoral, incluyendo los procesos de elección de fórmula y de las listas de candidatos al Congreso de la República para participar en las Elecciones Generales 2016".

- b. Alan Gerardo Bravo Gutiérrez es afiliado de la agrupación política desde el 2 de julio de 2015.

Como prueba, se presentó la copia de la ficha de afiliación de la fecha, con legalización notarial del 19 de febrero de 2016, y su declaración jurada en la cual expresa su militancia en el partido político Todos Por el Perú.

6. Al respecto, el JEE consideró subsanadas las observaciones advertidas, pues conforme indicó en el considerando 3.4.4 de su Resolución N.º 002-2016-JEE-LC1/JNE, del 24 febrero de 2016:

"[...] el Acta de Asamblea General del 20 de enero de 2016, que ratifica y convalida todos los acuerdos referidos a la modificación del estatuto partidario, elección del nuevo Comité Ejecutivo Nacional, ratifica y convalida todos los actos y acuerdos del Comité Ejecutivo Nacional, incluyendo la designación del nuevo Tribunal Nacional Electoral, así mismo ratifica y convalida todos los acuerdos del nuevo Tribunal Nacional Electoral, incluyendo los procesos de elección de fórmula presidencial y lista de candidatos al Congreso de la República, en el marco de las Elecciones Generales 2016, por lo que resulta válida. Máxime si a lo anterior se tiene en cuenta el Principio de Presunción de Veracidad, que presume que los documentos y declaraciones presentados por los interesados son veraces y guardan perfecta relación con los hechos o actos que ellos contienen. Esta presunción, admite prueba en contrario, lo que significa, que la administración en caso de duda puede hacer uso del Principio de Privilegio de Controles Posteriores, que no es otra cosa que el deber de fiscalizar posteriormente los actos que le han sido presentados por los organismos competentes; en concordancia con el Principio de Verdad Material, que también admite prueba en contrario"

Como consecuencia de ello, dispuso admitir a trámite la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial de la agrupación partidaria. Publicada la síntesis de la resolución acotada en el diario oficial *El Peruano*, edición del 25 de febrero de 2016, se dio inició al periodo de tachas.

7. En esa etapa del procedimiento de inscripción, los ciudadanos Santiago Salas Ramírez, Carlos Enrique Ortiz Ñahuis, Hernando Guerra-García Campos, Malzón Ricardo Urbina La Torre, David Jesús Quintana, Nicanor Alvarado Guzmán, Antonio Sigifredo del Castillo Miranda, Wálter Pedro Villegas Limache y Gustavo Gutiérrez Ticse, Víctor Gabriel Hernández Cochachi y Luis Alfredo Aparcana Rodríguez, presentaron tachas contra la inscripción de la fórmula presidencial y de la candidatura de Julio Armando Guzmán Cáceres a la presidencia de la República por el partido político Todos Por el Perú. El argumento central de todas ellas consistió en el incumplimiento de las normas sobre democracia interna, toda vez que, según indicaron, el proceso de elección de la fórmula presidencial habría sido llevado a cabo sobre la

base de un estatuto y por unas autoridades cuya inscripción fue rechazada por la DNROP al advertir irregularidades que no fueron subsanadas oportunamente por el partido político. En línea con lo anterior, todas ellas invocaron lo resuelto por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en los Expedientes N.º J-2016-0041 y N.º J-2016-0069, y en particular, la Resolución N.º 114-2016-JNE, del 23 de febrero de 2016, que declaró infundado el recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva interpuesto en contra de la Resolución N.º 093-2016-JNE, del 15 de febrero de 2016.

8. El 1 de marzo de 2016, el personero legal titular del partido político absolvió el traslado de las tachas interpuestas contra la inscripción de la fórmula presidencial. En lo fundamental, sostuvo que las tachas contra los candidatos a la presidencia y vicepresidencias de la República solo pueden estar sustentadas en la infracción de los artículos 106, 107 y 108 de la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones (en adelante LOE), en concordancia a su artículo 110. Además, indicó que en la elección de la fórmula presidencial se cumplió con todos los requisitos legales, que el acta de elecciones internas contiene la información requerida por el Reglamento de inscripción, que la ley no exige la inscripción del Tribunal Nacional Electoral en el ROP como requisito de validez de las elecciones internas, y que en la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016 se convalidaron los acuerdos adoptados en la asamblea del 10 de octubre de 2015.

Respecto a los integrantes del Tribunal Nacional Electoral, precisó que dos de estos (Pablo Omar Castro Moreno, presidente, y César Augusto Loredó Rosillo, secretario) se encuentran en el padrón de afiliados del ROP y que se presentó la ficha de afiliación del tercero (Alan Gerardo Bravo Gutiérrez, vocal).

9. Posteriormente, mediante Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, el JEE declaró fundadas las tachas. En su decisión, el JEE tuvo en cuenta que la Resolución N.º 114-2016-JNE -publicada horas después de la emisión de la resolución que admitió a trámite la inscripción de la fórmula presidencial-, determinó de modo definitivo que la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016 no tenía facultades para convalidar, entre otros actos, la designación del Tribunal Nacional Electoral que llevó a cabo el proceso de elecciones internas.

Sobre el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE

En su recurso de apelación del 7 de marzo de 2016, el personero legal del partido político solicitó que la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, sea revocada en razón a los siguientes fundamentos:

a. La observancia del principio de preclusión durante el proceso electoral

Según el partido político Todos Por el Perú, el proceso electoral está compuesto por dos etapas diferenciales, según las cuales:

"a) Una etapa del proceso está referido a la labor administrativa que realiza la DNROP y versa sobre la inscripción y modificación de símbolos partidarios, inscripción y modificación de estatutos, inscripción y modificación de los cuadros dirigenciales del partido, como son el Tribunal Electoral y el Comité Ejecutivo Nacional.

b) Otra etapa del proceso está referido a la labor jurisdiccional que realiza el Jurado Electoral Especial sobre inscripción de listas partidarias para el congreso, de listas presidenciales, de interposición de tachas contra las listas inscritas, etc."

En ese entendido, sostiene que "una vez culminado el periodo correspondiente a una etapa, se pasa a otra etapa sin posibilidad de retorno a la primera". En respaldo de estos argumentos, cita las Resoluciones N.º 127-2016-JNE ("... es menester precisar que los procesos electorales se caracterizan por los principios de preclusión, celeridad y economía procesal..."), N.º 093-2016-JNE ("...en el ámbito de la justicia electoral, esta posición –la inadmisión de medios de prueba en apelación– no debe ser entendida como la manifestación de una rígida defensa del principio de preclusión en el ofrecimiento de pruebas..."), N.º 201-2011-JNE (sobre plazo de exclusión de candidatos), entre otras.

b. La aplicación de una norma inconstitucional al declarar fundadas las tachas contra la fórmula presidencial

Por otro lado, el partido político afirma que las tachas contra los candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República "solo pueden estar fundadas en la infracción de los artículos 106, 107 y 108, referidos a los requisitos de candidatura e impedimentos de postulación", por lo que el

artículo 40, numeral 40.1 del Reglamento de inscripción, al prever que los Jurados Electorales Especiales verifiquen el cumplimiento de los requisitos de admisión y procedencia de candidaturas "es manifiestamente inconstitucional porque adiciona un supuesto no previsto en la Ley Orgánica de Elecciones". Además, indica que "la facultad de revisar los requisitos legales se da en la etapa de calificación, esto es, antes de la resolución admisorio".

c. La fiscalización electoral

Asimismo, el partido político asevera que "no hay informe previo o concurrente de la Dirección Nacional de Fiscalización que señale que la organización política Todos por el Perú, al haber supuestamente incumplido normas estatutarias sobre democracia interna (específicamente normas de convocatoria, quórum, de plazos, para tomar decisiones en las Asambleas Generales cuestionadas) haya cometido graves infracciones para la democracia interna de la citada organización política que los militantes cuestionen".

d. El cumplimiento de la Ley de Organizaciones Políticas

En línea con lo anterior, el partido político sostiene que "el proceso de elecciones internas se ha realizado con respeto a todas las normas de democracia interna establecidas en los artículos 19 a 27 de la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas", cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la normativa electoral.

e. Sobre los pronunciamientos de la DNROP y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

Invocando las Resoluciones N.º 010-2016-DNROP/JNE y N.º 017-2016-DNROP/JNE, de la DNROP, y las Resoluciones N.º 093-2016-JNE y N.º 114-2016-JNE, del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, el recurrente sostiene que "ninguna de estas instancias electorales ha señalado, insinuado o manifestado tácitamente, que nuestra organización política haya vulnerado la Constitución Política del Perú, o las leyes electorales vigentes". Por el contrario, indica que "lo que se está cuestionando es un estadio infralegal o estatutario en el peor de los casos".

CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

En el presente caso, corresponde determinar si la resolución materia de impugnación se encuentra conforme a la normativa electoral, lo que implica, en definitiva, establecer si el partido político Todos Por el Perú cumplió o no con las normas de democracia interna en la elección de sus candidatos a los cargos de Presidente y Vicepresidentes de la República.

CONSIDERANDOS

Cuestión previa: sobre los pronunciamientos del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones dictados en los Expedientes acumulados N.º J-2016-00041 y N.º J-2016-00069

1. En su recurso de apelación y en los informes orales, el partido político Todos Por el Perú alega que en la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016 se convalidaron los acuerdos adoptados en la Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015, entre ellos, la modificación del estatuto, bajo cuyas nuevas normas posteriormente se desarrolló la elección del Comité Ejecutivo Nacional y la designación del Tribunal Nacional Electoral, órgano, este último, que tuvo a su cargo la elección de los candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República y el Congreso de la República.
2. Al respecto, es preciso señalar que en los Expedientes acumulados N.º J-2016-00041 y N.º J-2016-00069, este colegiado se pronunció sobre los recursos de apelación interpuestos por la citada organización política en contra de las Resoluciones N.º 010-2016-DNROP/JNE y N.º 017-2016-DNROP/JNE, mediante las cuales la DNROP declaró improcedente la inscripción de los acuerdos sobre modificatoria de estatuto y símbolo, así como la inscripción del Tribunal Nacional Electoral y el Comité Ejecutivo Nacional.
3. En efecto, por Resolución N.º 093-2016-JNE, del 15 de febrero de 2016, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones desestimó los mencionados recursos de apelación al considerar que el acta de la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016, presentada con el recurso de apelación de fecha 5 de febrero de 2016, no era un documento idóneo para subsanar las irregularidades detectadas oportunamente por la autoridad administrativa electoral, en tanto no había sido presentado oportunamente. Además, sin perjuicio de ello se señaló: i) que dicho acto confirmatorio no había cumplido con lo dispuesto en el artículo 230 del Código Civil, ii) que la Asamblea General del partido político carecía de facultades para confirmar los actos y acuerdos de órganos distintos a esta y

iii) que las resoluciones de la DNROP materia de impugnación se encontraban acordes al marco jurídico aplicable, ya que los actos cuya inscripción se solicitaba en el ROP no habían sido válidamente adoptados por el órgano competente, ni se había cumplido con el estatuto ni la normativa electoral.

Contra dicha resolución, el partido político Todos por el Perú interpuso recurso extraordinario por afectación del derecho al debido proceso, el cual, por Resolución N.º 114-2016-JNE, del 23 de febrero de 2016, fue declarado infundado, al no haberse acreditado la vulneración del mismo.

4. En consecuencia, existiendo un pronunciamiento firme y definitivo, con carácter de cosa juzgada, dictado por este Supremo Tribunal Electoral, en estricta observancia de los principios de certeza y seguridad jurídica que deben gobernar el ejercicio de la función jurisdiccional, no es procedente reabrir el debate en torno a la validez o no de los acuerdos de convalidación adoptados por la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016, debiendo respetarse lo resuelto en las Resoluciones N.º 093-2016-JNE y N.º 114-2016-JNE.

Análisis del caso concreto

Necesaria precisión sobre el derecho fundamental a la participación política, en su manifestación del derecho al sufragio pasivo

5. El derecho al sufragio es una manifestación del derecho más amplio de participación política que se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú, cuyo artículo 2, numeral 17, establece que toda persona tiene derecho:

"17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. **Los ciudadanos tienen, conforme a ley,** los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum."

Por su parte, el artículo 31 del texto constitucional dispone lo siguiente:

"Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de

autoridades y demanda de rendición de cuentas. **También tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica**" (énfasis agregado).

6. Como se advierte, el derecho al sufragio está reservado, en primer lugar, a los "ciudadanos" y, en segundo término, se trata de un derecho cuyo ejercicio debe realizarse "conforme a ley" o, como con más precisión se señala en el artículo 31 de la Carta Magna, tanto el sufragio activo como el sufragio pasivo deberán ejercerse "de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica", lo que, además, supone que su aprobación, modificación o derogación exigen de una mayoría absoluta del Congreso de la República.
7. A la vez, del texto de estas normas constitucionales, queda también establecido meridianamente que se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la medida en que es el legislador el llamado a determinar el contenido y los límites del derecho de sufragio. Desde luego, como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional, ello no significa que el legislador tenga una suerte de carta en blanco o facultad discrecional a la hora de delimitar el contenido y forma de ejercicio de los derechos de cuya regulación se trata. Al respecto, la sentencia recaída en el Expediente N.º 1417-2005-PA/TC, del 8 de julio de 2015, refiere lo siguiente:

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

8. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentencia del Caso *Castañeda Gutman vs. México*, del 6 de agosto de 2008, ha señalado que es admisible que los Estados regulen legítimamente los derechos políticos, a través de una ley formal, siempre y cuando la limitación legal a un derecho político como el sufragio sea razonable y proporcional, acorde además con el fin legítimo que es la consolidación de un sistema electoral equitativo y democrático. Sobre el particular, citamos lo siguiente:

"176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. [...]"

Sobre la supuesta inobservancia del principio de preclusión durante el proceso electoral

9. El recurrente sostiene que hay claramente dos etapas diferenciadas en el proceso electoral, una referida a la "labor administrativa que realiza la DNROP" (sic) y otra referida a la "labor jurisdiccional que realiza el Jurado Electoral Especial sobre inscripción de listas partidarias" (sic). En este sentido, el apelante señala que al haber culminado la etapa de "procedimientos administrativos en materia registral" (sic), y al encontrarnos en la etapa de "procedimientos jurisdiccionales ante los Jurados Electorales Especiales" (sic) no existe la posibilidad de retornar a la anterior.
10. Al respecto, ciertamente el proceso electoral está compuesto por una serie de actos o etapas que se van materializando sucesivamente una tras otra y respecto de los cuales opera el principio de preclusión. Sin embargo, este colegiado no comparte el criterio del recurrente, cuando señala que la función registral, que está a cargo fundamentalmente de la DNROP, constituye una de estas etapas.
11. En efecto, la función registral que desempeña este organismo electoral, -y se debe aclarar- no solo por intermedio de la DNROP (en vía administrativa), sino también del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (con carácter jurisdiccional en vía de apelación), comprende básicamente la inscripción, fusión y cancelación de los partidos políticos, movimientos regionales y alianzas electorales, así como la inscripción de todos aquellos actos internos que la ley ha considerado necesario su asiento en el Registro de Organizaciones Políticas (en adelante ROP), como pueden ser la modificación de estatutos, modificación de símbolo partidario, altas y bajas de afiliados, altas y bajas de directivos, entre otros.

12. Por su parte, el proceso electoral, conforme al marco constitucional y legal vigente, contiene principalmente los siguientes actos o etapas: la convocatoria a cargo del Presidente de la República; luego la conformación e instalación de los órganos electorales temporales por parte del Jurado Nacional de Elecciones y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales; a continuación la etapa de presentación y calificación de las solicitudes de inscripción de fórmulas y listas de candidatos (elegidos en comicios internos o designados en el porcentaje permitido por ley); seguidamente el día del acto electoral en concreto; posteriormente el cómputo de los resultados; y finalmente la proclamación y entrega de credenciales a los candidatos que resulten electos.
13. De otro lado, los procedimientos de inscripción de fórmulas y listas de candidatos que, en el marco de un proceso electoral, se tramitan ante los Jurados Electorales Especiales, en primera instancia, y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en última y definitiva instancia, comprenden una serie de momentos, tales como la calificación de la solicitud de inscripción, la subsanación de la misma si fuera necesario, la admisión y publicación o improcedencia de la solicitud, la tacha en caso se haya admitido a trámite la lista, y además, ante los recursos de apelación que se puedan interponer en contra de las decisiones de los Jurados Electorales Especiales, los pronunciamientos que al respecto emita este colegiado.
14. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, entonces, se advierte que las actuaciones y pronunciamientos que conforme a sus atribuciones realiza y emite la DNROP (función registral) no forman parte del proceso electoral, siendo, en estricto sentido, actuaciones previas a este, o a lo más paralelas (hasta el cierre del ROP). De ahí que, se desvirtúa lo alegado por el recurrente, en el sentido de que no puede sostenerse que el proceso de inscripción de fórmulas y listas de candidatos y la denominada función registral, formen parte del proceso electoral, ni tampoco que aquellas sean etapas sucesivas, y que por tanto, iniciado el periodo de inscripción de fórmulas y listas de candidatos, la función registral ha precluido.
15. Ello, por cierto, no significa que este colegiado desconozca la importancia del ROP. Todo lo contrario, la información que proporciona este registro sirve de sustento para las actuaciones que, ya en el marco de un proceso electoral, van a desempeñar los Jurados Electorales Especiales y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, principalmente en lo que se refiere a la

validación y verificación de requisitos e impedimentos en el trámite de las solicitudes de inscripción de fórmulas y listas de candidatos.

16. Esto que se acaba de señalar, además, resulta coherente con una de las finalidades que tanto la Constitución Política del Perú como la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas, (LOP) le han atribuido al ROP, que no es otra sino la de dar publicidad a aquella información de las organizaciones políticas que la ley ha considerado relevante, ello con el objeto de garantizar que cumplan verdaderamente con su función, también constitucional y legalmente atribuidas, de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular, máxime cuando, conforme lo prescribe nuestra Carta Magna, las agrupaciones políticas vienen a ser la única vía prevista para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo (derecho a ser elegido), y su funcionamiento interno debe ser respetuoso del principio democrático.
17. Por otro lado, el partido político también sostiene que "la facultad" para verificar el incumplimiento de un requisito para la procedencia de la inscripción de las candidaturas se dio en la etapa de calificación, antes de la emisión de la resolución que admite a trámite la inscripción de la fórmula, por lo que permitir un reexamen en otra etapa del procedimiento, como lo es la tacha, vulnera el principio de preclusión.
18. Al respecto, como se profundizará al absolver el siguiente cuestionamiento, la verificación sobre el cumplimiento de las normas de democracia interna es un mandato constitucional que tiene este organismo electoral, contemplado en el artículo 178, numeral 3, de la Norma Fundamental, y no una facultad que pueda ejercer discrecionalmente. En este sentido, como también se precisará, es el procedimiento de inscripción de fórmulas de candidatos, que comprende dos etapas (la calificación y el periodo de tachas), el que permite verificar el cumplimiento de los requisitos de postulación.

Acerca de la supuesta aplicación de una norma inconstitucional por parte del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1

19. En su recurso de apelación, el recurrente afirma que las tachas contra los candidatos a la presidencia y vicepresidencias de la República solo pueden fundarse en la infracción de los artículos 106, 107 y 108 de la LOE, pues así lo dispone expresamente el artículo 110 de la misma ley. Por ello, el recurrente

concluye que el artículo 40, numeral 40.1 del Reglamento de inscripción, al prever que los Jurados Electorales Especiales verifiquen el cumplimiento de los requisitos de admisión y procedencia de candidaturas "es manifiestamente inconstitucional porque adiciona un supuesto no previsto en la Ley Orgánica de Elecciones".

20. Al respecto, es importante señalar que ciertamente las tachas presentadas no estaban sustentadas en alguno de los supuestos previstos en la LOE. Se trató de cuestionamientos relativos a la infracción de las normas internas en la elección de los candidatos postulados.
21. Sin embargo, debe recordarse que el cumplimiento de las denominadas "normas de democracia interna", es una exigencia que no solo cuenta con respaldo legal, sino también constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, ha reconocido expresamente en su artículo 35, que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos políticos individualmente o a través de organizaciones políticas, conforme a ley, precisando además que estas entidades concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y que la ley establecerá las normas orientadas a asegurar su funcionamiento democrático.
22. Como se observa, entonces, el citado precepto no solo permite advertir que nuestra Carta Magna, al reconocer y desarrollar uno de los contenidos del derecho fundamental a la participación política, esto es, el derecho al sufragio pasivo, ha optado claramente por establecer un cauce específico para su ejercicio: los partidos políticos; sino también revela que ha sido el mismo Constituyente quien expresamente, conforme fluye del propio texto constitucional, ha puesto de manifiesto la condición de valor fundamental que tiene el principio democrático en el funcionamiento interno de dichas agrupaciones políticas.
23. En este contexto, y en base al citado precepto constitucional, el legislador emitió la Ley de Organizaciones Políticas, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 1 de noviembre de 2003. Ahora bien, en el artículo 19 de dicho cuerpo normativo, se establece que la elección de las autoridades y candidatos debe regirse "por las normas de democracia interna establecidas en la presente Ley, el estatuto y el reglamento electoral de la agrupación política". Además, la LOP no solo se ha limitado al dispositivo citado en el considerando precedente al regular las denominadas normas de democracia interna. En efecto, en los artículos 20 y siguientes de dicha

norma, se han establecido una serie de disposiciones de obligatorio cumplimiento, destinadas a promover y garantizar que la elección interna de los candidatos a cargos de elección popular, así como de los directivos y autoridades de las agrupaciones políticas, sean respetuosas del principio democrático, tales como la conformación y atribuciones del órgano electoral central interno, la estructura del proceso electoral interno, algunas reglas básicas que se deben respetar en su realización, la oportunidad de la elección interna de candidatos, las candidaturas que se encuentran sujetas a elección interna, las modalidades de elección interna de candidatos permitidas, el mecanismo para la elección de los delegados integrantes de los órganos partidarios, entre otros

24. Por cierto, este conjunto de preceptos, que se ha venido a denominar "normas de democracia interna", no solo se limita a las disposiciones previstas en la LOP, sino que también comprende, conforme lo establecen los artículos 19 y 20 de dicho cuerpo normativo, a los estatutos, reglamentos electorales y demás normativa interna que las organizaciones políticas expidan sobre la materia. Y es que, tal como se reconoce en los citados artículos, las agrupaciones políticas, en tanto personas jurídicas de derecho privado, cuentan con un nivel de autonomía normativa que les permite, a través de sus estatutos, reglamentos electorales y directivas, y siempre bajo el parámetro de la Constitución Política del Perú y la LOP, establecer sus propias normas dirigidas a asegurar su funcionamiento interno democrático en la elección de sus candidatos a cargos de elección popular, así como de sus directivos y autoridades. Eso sí, una vez que esta normativa interna partidaria entra en vigencia, pasa a formar parte de las llamadas "normas de democracia interna" y, por tanto, su cumplimiento también deviene en obligatorio.
25. Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, entonces, se concluye que las agrupaciones políticas están obligadas a adoptar, al interior de sus organizaciones, los principios y valores del sistema democrático, que comprende, entre otros, la implementación de normas y procedimientos que garanticen el derecho de los afiliados de participar en las decisiones fundamentales, el ejercicio de sus derechos políticos y la posibilidad de controlar a sus autoridades electas en el ejercicio de sus funciones. Como consecuencia de ello, para que proceda la inscripción de una fórmula o lista de candidatos, se debe verificar que la organización política ha respetado todas aquellas normas que regulan la elección interna democrática de sus candidatos a cargos de elección popular, las cuales, como se ha tenido ocasión de precisar, no solo comprenden a la Constitución Política del Perú,

la LOE, la LOP y el Reglamento de inscripción, sino también al estatuto del partido político, reglamento electoral y demás normativa interna partidaria

26. Habiéndose desarrollado el fundamento constitucional y legal de las “normas de democracia interna” y su obligatorio cumplimiento, tanto para las mencionadas organizaciones políticas y sus integrantes, y en general, para todo aquel actor involucrado con el proceso electoral, desde el ciudadano elector hasta el Estado, comprendiendo dentro de este, a los organismos que integran el Sistema Electoral, corresponde, en este punto, centrar nuestra atención en la cuestión referida a la oportunidad que tienen el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones y los Jurados Electorales Especiales, de verificar el cumplimiento de dichas normas en el marco de un proceso de inscripción de candidatos.
27. Al respecto, es preciso señalar que, en general, la inscripción de candidaturas se encuentra condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos constitucionales, legales y reglamentarios que se exige tanto a cada candidato individualmente considerado como a la lista en su conjunto.
28. Siendo así, la norma recogida en el artículo 110 de la LOE no puede ser leída de manera aislada, sino que debe ser interpretada en forma conjunta y unitaria con el resto del marco normativo electoral, concretamente con la Constitución Política del Perú y las leyes electorales (LOE y LOP). Y es que, solo de esta manera, se puede llegar a advertir que si bien existen los denominados “requisitos de candidato”, cuya observancia se exige a cada candidato individualmente considerado, por lo que su incumplimiento, en principio, no afecta al resto de la fórmula o lista de candidatos en proceso de inscripción (como por ejemplo, ser peruano de nacimiento, superar la edad mínima requerida, gozar del derecho de sufragio, estar inscrito en el Reniec, no estar afiliado a un partido político distinto por el que se postula, haber solicitado licencia sin goce de haber en el caso de los trabajadores y funcionarios públicos); también lo es que dichos cuerpos normativos han establecido los denominados “requisitos de fórmula o lista”, entendidos como aquellos requisitos e impedimentos que deben ser cumplidos por la fórmula o lista de candidatos en su conjunto, entre los cuales se encuentra precisamente el cumplimiento de las normas que regulan la democracia interna en los partidos políticos.

29. Esto que se acaba de señalar, por otra parte, no es una cuestión menor. Así, solo cuando se tiene clara la existencia de estos dos tipos de requisitos, se llega a la cabal comprensión de que al ser la tacha un mecanismo de control ciudadano cuya finalidad es cautelar el cumplimiento y observancia de los requisitos e impedimentos para ser inscrito como candidato, sea que se trate de "requisitos de candidato" o de "requisitos de fórmula o lista", entonces, resulta válido que vía su interposición se pueda cuestionar el incumplimiento de las normas que regulan la democracia interna.
30. Por consiguiente, resulta claro que la oportunidad para que los organismos jurisdiccionales electorales verifiquen el cumplimiento de las normas sobre democracia interna es durante la etapa de inscripción de listas de candidatos, la cual, a su vez, se desarrolla en dos momentos: el primero, en la calificación de la solicitud de inscripción y, el segundo, durante el periodo de tachas, en la cual cualquier ciudadano puede formular tacha en contra de uno o más integrantes de una fórmula o lista de candidatos, por el incumplimiento de algún requisito o por incurrir en algún impedimento establecido por la LOE.
31. Este criterio además guarda coherencia con la línea jurisprudencial trazada desde las pasadas Elecciones Generales 2011 (Resoluciones N.º 101-2011-JNE y N.º 118-2011-JNE), conforme a la cual, el control sobre el incumplimiento de algún requisito estatutario o reglamentario en el proceso de democracia interna ante la autoridad jurisdiccional electoral, será evaluado en un primer momento por el Jurado Electoral Especial de la respectiva circunscripción electoral durante la etapa de inscripción de listas de candidatos, la que incluye, a su vez, el periodo de interposición de tachas por parte de cualquier ciudadano que alegue el incumplimiento de la ley electoral en general o de un estatuto partidario en particular. Así, en principio, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones conoce y absuelve los cuestionamientos contra la democracia interna de una organización política, como ente máximo de justicia electoral, solo en vía de apelación, durante la etapa de inscripción de listas de candidatos (Resoluciones N.º 181-2014-JNE, N.º 1380-2014-JNE y N.º 0317-2015-JNE).
32. Por lo demás, lo antes señalado no es un criterio novedoso para este Supremo Tribunal Electoral. Ciertamente, en el considerando 8 de la Resolución N.º 0317-2015-JNE, del 2 de noviembre de 2015, se determinó lo siguiente:

"8. Ahora bien, este control sobre el incumplimiento de algún requisito estatutario o reglamentario en el proceso de democracia interna ante esta jurisdicción, será evaluado en un primer momento por el Jurado Electoral Especial de la respectiva circunscripción electoral durante la etapa de inscripción de listas de candidatos, la que incluye, a su vez, el periodo de interposición de tachas por parte de cualquier ciudadano que alegue el incumplimiento de la ley electoral en general o de un estatuto partidario en particular. Así, en principio, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones conoce y absuelve los cuestionamientos contra la democracia interna de una organización política, como ente máximo de justicia electoral, solo en vía de apelación, durante la etapa de inscripción de listas de candidatos (énfasis agregado)."

33. En suma, entonces, son dos cuestiones las que este Supremo Tribunal Electoral debe dejar claramente establecidas: por un lado, que vía la interposición de una tacha sí es posible denunciar el incumplimiento de las normas de democracia interna, y por el otro, que la tarea de cautelar el cumplimiento de las normas de democracia interna corresponde tanto a los Jurados Electorales Especiales, al momento de calificar una solicitud de inscripción de fórmula o lista de candidatos y al resolver una tacha, como al Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, al resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de las decisiones de los citados órganos electorales de primera instancia.

34. Por todo lo anterior, resulta inexacto lo manifestado por el apelante respecto a la supuesta inconstitucionalidad del Reglamento de Inscripción, dictado por este organismo constitucional autónomo en ejercicio de las competencias asignadas por el artículo 5, literales g y l de su ley orgánica, Ley N.º 26486, puesto que en su emisión lo único que ha hecho este colegiado es recoger los requisitos e impedimentos que tanto la Constitución Política del Perú como las leyes electorales han establecido.

Sobre la falta de observaciones al proceso de elecciones internas desarrollado por el partido político por parte de la Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales

35. El partido político también señala que el informe de la Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales (en adelante DNFPE) de este organismo

electoral no da cuenta de la comisión de infracciones graves en el proceso de elección de sus candidatos.

36. Al respecto, se tiene que la citada dirección emitió el Informe de Resultados de Fiscalización N.º 14, del 29 de enero de 2016, en la que se registra la siguiente información:

Proceso libre de No conformidades	No
Requerimiento de información	A través de Oficio N.º 027-2016-DNFPE/JNE
Resumen de fiscalización	
a. Envío de documentos	No se recibió respuesta por parte de la organización política
b. Asistimos	No
c. Lugar	No hay información que proporcionar
d. Fecha	No hay información que proporcionar
e. Resultado	No hay información que proporcionar

37. En suma, no es verdad que la DNFPE haya reportado que su proceso de elecciones internas se desarrolló libre de inconformidades, sino que el partido político apelante optó por no permitir que este organismo electoral ejecutara, en su momento, los procedimientos de fiscalización regulados por el Reglamento para la Fiscalización del Ejercicio de la Democracia Interna de los Partidos Políticos y Alianzas Electorales para las Elecciones Generales, aprobado por Resolución N.º 0285-2015-JNE.

Acerca del cumplimiento de la Ley de Organizaciones Políticas, así como de los pronunciamientos de la DNROP y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

38. El artículo 32 de la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (en adelante LOJNE) establece que el Jurado Nacional de Elecciones constituye, para cada proceso electoral, Jurados Electorales Especiales, como órganos electorales temporales que, como lo reconoce el artículo 36, inciso f, del citado cuerpo normativo, se encargan de administrar justicia, en primera instancia, en materia electoral. Asimismo, se establece que sus decisiones pueden ser apeladas y, por tanto, revisadas, en última y definitiva instancia, por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.
39. Dentro de las funciones que les corresponde a los Jurados Electorales Especiales, de acuerdo con el artículo 36, inciso a, de la LOJNE, se encuentra la calificación de las solicitudes de inscripción de fórmulas y listas de candidatos. Así, estos órganos jurisdiccionales temporales deben evaluar, entre otras situaciones, si en la elección de sus candidatos el partido político observó las normas de democracia interna.
40. Siendo así, para el presente proceso electoral, mediante Resolución N.º 333-2015-JNE, del 23 de noviembre de 2015, se constituyó el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, órgano electoral temporal que tiene competencia para recibir, calificar, **resolver tachas**, conocer expedientes de exclusión e inscribir las solicitudes de inscripción, en primera instancia, de las fórmulas de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, de las listas de candidatos al cargo de representantes peruanos ante el Parlamento Andino, y de las listas de candidatos a congresistas de la República en el distrito electoral de Lima y residentes en el extranjero, que participarán en la jornada electoral del 10 de abril de 2016 (énfasis agregado).
41. Justamente el presente caso se encuentra relacionado al amparo de las tachas presentadas contra los candidatos para el cargo de presidente y vicepresidentes de la República por el partido político Todos Por el Perú. El argumento de las tachas presentadas giró en torno al incumplimiento de las normas sobre democracia interna en la elección de los candidatos mencionados debido a que la elección intrapartidaria la desarrolló un Tribunal Nacional Electoral cuya inscripción fue rechazada por la DNROP y confirmada por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones mediante Resoluciones N.º 093-2016-JNE, del 15 de febrero de 2016 y N.º 114-2016-JNE, del 23 de febrero de 2016.

42. Durante el informe oral, los abogados que patrocinan al partido político apelante reconocieron la existencia de irregularidades en la Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015, en la que se aprobó el estatuto con el que se eligieron a las autoridades partidarias -Comité Ejecutivo Nacional y Tribunal Nacional Electoral- y bajo cuyas normas se llevó a cabo el proceso de elecciones internas de la fórmula presidencial.
43. La defensa legal del recurrente intentó minimizar la gravedad de esta irregular actuación con el calificativo de "errores administrativos"; no obstante, como ha quedado anotado, las normas sobre democracia interna son de orden público y de obligatorio cumplimiento no solo para la propia agrupación política y sus afiliados, sino también para este Colegiado Electoral, en atención al mandato contenido en el artículo 178, numeral 3, de la Norma Fundamental, según el cual, le compete velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas, entendiéndose tanto las normas externas (LOP, LOE) como las internas (estatuto y reglamento electoral).
44. En ese orden de ideas, debe indicarse que para ostentar la calidad de candidato no es suficiente con invocar el artículo 31 de la Carta Magna, que reconoce el derecho de sufragio pasivo, pues para su ejercicio se requiere cumplir con los requisitos que exige la legislación electoral, y además, con los condicionamientos que establezca cada organización partidaria. Entonces, para que una candidatura pueda ser reputada como válida, es indispensable que el proceso de elección se haya realizado con estricto apego a las disposiciones normativas externas e internas, por lo que no se admitirán que ingresen a la contienda electoral las candidaturas que sean resultado de procesos internos irregulares, iniciados, desarrollados y concluidos al margen del texto normativo vigente.
45. Consecuentemente, no puede aceptarse el argumento del recurrente respecto al supuesto carácter sancionatorio de la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las normas sobre democracia interna.
46. En el caso concreto, los actos partidarios previos al inicio del proceso de elecciones internas fueron sometidos a un primer control sobre el cumplimiento de la normatividad electoral por parte de la DNROP. La autoridad administrativa electoral, en decisión confirmada por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, determinó que en la aprobación del nuevo estatuto y en la elección de sus autoridades -Comité Ejecutivo Nacional y Tribunal Nacional Electoral- el partido político no consideró sus propias

normas internas. De ahí que, al verificarse la ilicitud de su proceder, se rechazó la inscripción del estatuto aprobado en la denominada Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015, del Comité Ejecutivo Nacional y del Tribunal Nacional Electoral.

47. Ahora bien, en el expediente de solicitud de inscripción de fórmula presidencial presentado por el partido político, obra el acta de elecciones internas, en la cual se registra la siguiente información:

- a. La jornada electoral se desarrolló el día 20 de enero de 2016.
- b. La elección de la fórmula electoral estuvo a cargo de la "Asamblea Electoral", conformada con arreglo al Reglamento Electoral aprobado por Resolución N.º 006-2015/TNE/TPP, del 13 de noviembre de 2015, suscrito por Pablo Omar Castro Moreno en calidad de presidente del Tribunal Nacional Electoral.
- c. La elección fue conducida por el Tribunal Nacional Electoral integrado por Pablo Omar Castro Moreno (presidente), César Angulo Loredó Rosillo (secretario) y Abel Gerardo Bravo Gutiérrez (vocal).
- d. La modalidad de elección empleada fue la prevista en el artículo 24, literal c, de la Ley de Organizaciones Políticas.

48. De lo anterior, resulta que las elecciones internas fueron organizadas y conducidas por las mismas personas cuyo reconocimiento como integrantes del Tribunal Nacional Electoral fue rechazado por la DNROP, en atención a las razones ampliamente detalladas en las Resoluciones N.º 093-2016-JNE y N.º 114-2016-JNE, pero que pueden ser resumidas así: el partido político designó a su órgano electoral con infracción de sus propios estatutos.

49. Posteriormente, al presentar su escrito de subsanación, el partido político indicó que la designación del Tribunal Nacional Electoral se realizó "con arreglo a los nuevos estatutos aprobados en la Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015". Como está anotado, la DNROP, en decisión confirmada por este Supremo Tribunal Electoral, declaró improcedente la inscripción de los acuerdos adoptados en la denominada Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015, al constatar que la organización política vulneró sus propias normas internas en materia de convocatoria, quórum y mayorías.

50. De lo anterior, resulta que la elección de los integrantes de la fórmula presidencial no se realizó conforme al estatuto vigente e inscrito de la organización política, sino apelando a los acuerdos adoptados en la

denominada Asamblea General Extraordinaria del 10 de octubre de 2015, cuya validez fue rechazada.

51. Estando a lo expuesto, este Supremo Tribunal Electoral concluye que la fórmula presidencial presentada por el partido político es resultado de un procedimiento incongruente con sus propias normas internas, organizado y conducido por un órgano electoral cuya designación se llevó a cabo al margen del estatuto en vigor y fue descalificada por esta autoridad electoral.
52. Luego, al haber quedado demostrado que el partido político vulneró grave e irreparablemente sus propias normas en la conformación de la fórmula presidencial encabezada por Julio Armando Guzmán Cáceres, corresponde declarar infundado el recurso de apelación y confirmar la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, emitida por el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1.

Por lo tanto, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones, con el voto en minoría del señor doctor Francisco Artemio Távara Córdova, Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, y del señor doctor Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, Miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones,

RESUELVE, EN MAYORÍA

Artículo único.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el partido político Todos Por el Perú, representado por su personero legal Jean Carlos Zegarra Roldán, y en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, emitida por el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, que declaró fundadas las tachas formuladas por los ciudadanos Santiago Salas Ramírez, Carlos Enrique Ortiz Ñahuis, Hernando Guerra-García Campos, Malzon Ricardo Urbina La Torre, David Jesús Quintana, Nicanor Alvarado Guzmán, Antonio Sigifredo del Castillo Miranda, Walter Pedro Villegas Limache y Gustavo Gutiérrez Ticse, Víctor Gabriel Hernández Cochachi, y Luis Alfredo Aparcana Rodríguez; improcedente la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial y nula la Resolución N.º 002-2016-JEE-LC1/JNE del 24 de febrero de 2016, que dispuso admitir la solicitud de inscripción de la referida fórmula presidencial, en el marco de las Elecciones Generales 2016.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SS.

FERNÁNDEZ ALARCÓN

AYVAR CARRASCO

RODRÍGUEZ VÉLEZ

Samaniego Monzón

Secretario General

jcsm/cbc/jpza/dpr

Expediente N.º J-2016-0264

LIMA

JEE LIMA CENTRO 1 (EXPEDIENTE N.º 0064-2016-032)

ELECCIONES GENERALES 2016

RECURSO DE APELACIÓN

Lima, ocho de marzo de dos mil dieciséis

VOTO EN MINORÍA DE LOS MAGISTRADOS FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA, PRESIDENTE DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, Y CARLOS ALEJANDRO CORNEJO GUERRERO, MIEMBRO TITULAR DEL PLENO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES**ANTECEDENTES**

En el presente caso, el partido político Todos por el Perú ha interpuesto recurso de apelación contra la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, emitida por el Jurado Electoral Especial Lima Centro 1, que declaró fundadas las tachas formuladas contra la inscripción de la fórmula presidencial presentada por la mencionada agrupación política y nula la Resolución N.º 002-2016-JEE-LC1/JNE del 24 de febrero de 2016, que dispuso admitir y publicar la correspondiente solicitud de inscripción en el marco de las Elecciones Generales 2016.

El Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 sustentó su decisión, en lo central, en lo siguiente: (a) proceden las tachas también por incumplimiento de las normas sobre democracia interna; (b) al momento de admitir y publicar la lista de candidatos, mediante Resolución N.º 002-2016-JEE-LC1/JNE, consideró que el estatuto del partido político facultaba a la asamblea general para ratificar y convalidar no solo sus propios actos, sino también las decisiones y acuerdos adoptados por otros órganos partidarios, así como que en la calificación de las solicitudes de inscripción de listas de candidatos son aplicables los principios del procedimiento administrativo, como la presunción de veracidad, privilegio de controles posteriores y verdad material, por lo que concluyó que la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016 convalidó la elección del Tribunal Nacional Electoral, que condujo la elección de la fórmula presidencial; (c) con la Resolución N.º 114-2016-JNE, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones determinó de modo definitivo que la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016 no podía convalidar la designación del Tribunal Nacional Electoral, criterio que acoge, al priorizar la vigencia del Estado

de Derecho, que también exige el cumplimiento de la normativa electoral vigente.

CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

En ese sentido, para los magistrados que suscriben este voto, la cuestión que debe ser dilucidada es si deben estimarse las tachas presentadas contra la inscripción de la fórmula presidencial del partido político Todos por el Perú, por incumplimiento de las normas de democracia interna.

CONSIDERANDOS

La democracia interna y su cumplimiento por las organizaciones políticas para elegir a sus candidatos

1. La Constitución Política del Perú, en su artículo 35, ya incorpora la exigencia de parámetros democráticos para las organizaciones políticas, y delega en la ley su regulación más específica, conforme a lo siguiente:

Artículo 35.- Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general. (El énfasis es agregado).

2. El artículo 19 de la Ley de Organizaciones Políticas, antes Ley de Partidos Políticos, establece la obligatoriedad para los partidos políticos de cumplir con las normas de democracia interna, en los términos siguientes:

Artículo 19°.- Democracia interna

La elección de autoridades y candidatos de los partidos políticos y movimientos de alcance regional o departamental debe regirse por las **normas de democracia interna** establecidas en la presente Ley, el **estatuto** y el reglamento electoral de la agrupación política, el cual no puede ser modificado una vez que el proceso ha sido convocado. (El énfasis es agregado)

3. Por ello, las organizaciones políticas deben cumplir obligatoriamente en realizar sus procedimientos de democracia interna, y le corresponde a este Colegiado, tanto de oficio como a pedido de parte, verificar si se cumple con dicha exigencia, de conformidad con sus funciones constitucionales, en especial con la que determina que se debe velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral, establecida en el artículo 178, numeral 3, de la Constitución Política. Dicha verificación debe efectuarse, incluso con la vigencia del principio de preclusividad y la celeridad que caracteriza a todo proceso electoral.
4. En ese sentido, en esta materia se coincide con la mayoría de este Colegiado, en unánime criterio jurisprudencial sostenido por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones desde el año 2010 (mantenido en las Elecciones Generales 2011), en que las tachas no proceden únicamente por incumplimientos sustentados en los artículos 106, 107 y 108 de la Ley Orgánica de Elecciones, pues este organismo electoral debe velar por el cumplimiento de las normas electorales, entre las que se encuentran las relativas a la democracia interna de las organizaciones políticas.

Los pronunciamientos previos del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones y su vinculación con el presente caso

5. Es importante recordar la posición que ha tenido la minoría en las Resoluciones N° 093-2016-JNE y N° 114-2016-JNE en tanto que ambas resoluciones, si bien están referidas al procedimiento de modificación de partida registral del partido político Todos por el Perú, han sido consideradas como argumento de la mayoría de las tachas presentadas contra la admisión de la fórmula presidencial de la citada agrupación política.

6. La posición de la minoría en la Resolución N.º 093-2016-JNE, se puede resumir en lo siguiente:
- a. Con la apelación a las resoluciones de la Dirección Nacional del Registro de Organizaciones Políticas (DNROP) se presenta un nuevo documento, el acta de la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016, que, a entender de quienes suscribían ese voto, permitía convalidar los actos que habían sido observados por la DNROP, documento que no fue presentado a este órgano, por lo que las resoluciones de la DNROP fueron emitidas dentro del marco de la Constitución y la ley, en ejercicio de sus competencias.
 - b. Al valorar el acta de la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016, determina que dicha sesión se realizó con el quórum correspondiente (con la asistencia de 34 de 39 personas convocadas); además de que la asamblea general, como órgano máximo del partido, es competente para esta convalidación, órgano que tampoco modifica, desconoce, ni deroga los acuerdos tomados en la asamblea general del 10 de octubre de 2015, y que ninguno de los temas convalidados contraviene la Constitución o las leyes, ni se han presentado controversias por parte de los afiliados, quienes son los directamente interesados.
 - c. El omitir la valoración del acta de la asamblea general extraordinaria del 20 de enero violaría los derechos de autodeterminación y auto-organización de los partidos políticos, impidiéndole al partido político Todos por el Perú participar en el proceso electoral.
7. Este criterio fue reiterado en la Resolución N.º 114-2016-JNE, en la que, en minoría, los magistrados que suscribimos este voto consideramos que, con el acta de la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016, procedía la convalidación de las deficiencias en la asamblea general extraordinaria del 10 de octubre de 2015, en tanto se enmarca en el ejercicio del derecho de la organización política para acceder al registro e inscribir sus actos y acuerdos con arreglo a los derechos de participación y autoorganización; asimismo, que denegar el valor probatorio de dicho documento, contravenía el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones, por lo que se concluyó que debía estimarse el recurso extraordinario por afectación al debido proceso y la tutela procesal efectiva.
8. De lo expuesto, los magistrados que suscriben este voto consideraron -criterio que mantienen- que es posible que la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016, conforme consta en el acta que obra en autos, convalide

los incumplimientos en los que hubiera incurrido la organización política en la asamblea general extraordinaria del 10 de octubre de 2015 y en algunos actos previos y posteriores vinculados con ella.

9. Reafirmar este criterio no implica desconocer que es la votación en mayoría la que constituye la resolución emitida por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones y que, por ello, debe ser cumplido por la organización política, al ser este Supremo Tribunal Electoral la máxima y definitiva instancia en materia electoral. Tampoco busca desconocer la institucionalidad del fallo emitido, sino, en todo caso, expresar en forma transparente, en amparo de la Constitución y la ley, lo que consideran los magistrados que suscriben el presente voto respecto del caso.

Análisis del caso concreto frente a las normas sobre democracia interna en la ley y en el estatuto partidario

10. Ahora bien, analizando el caso a la luz de lo antes expuesto, debe tenerse en cuenta que un argumento común a la mayoría de las tachas es que los incumplimientos del partido político Todos por el Perú derivarían en un error insubsanable por contravención de las normas sobre democracia interna, que tendría un impacto directo en la legitimidad y viabilidad de la candidatura, vinculado a las reglas que se aplican en dicho proceso, específicamente las que se prevén en el estatuto del partido político.
11. En ese sentido, una de las observaciones realizadas por los tachantes consiste en que la modificación del estatuto, por la cual se efectuaron cambios sobre las reglas de la democracia interna, y al amparo de las cuales tuvo lugar el desarrollo del proceso electoral interno, se habría llevado a cabo sin cumplir los requisitos de convocatoria y quórum establecidos por el propio estatuto.
12. Por ello, los magistrados que suscriben este voto consideran necesario analizar si existe una diferencia sustancial entre el estatuto inscrito en el Registro de Organizaciones Políticas (ROP) y aquel que se modificó en la asamblea general extraordinaria del 10 de octubre del 2015, convalidada por la asamblea general extraordinaria del 20 de enero de 2016.
13. Del examen comparativo, se puede verificar que no existe diferencia sustancial en el contenido material de las normas sobre democracia interna, entre el título quinto del estatuto inscrito y el mismo título correspondiente al

estatuto aprobado cuya inscripción fue denegada por la mayoría de este Colegiado, constatándose solo dos cambios: (a) modalidades de elección interna, y (b) Asamblea Electoral.

Modalidades de elección interna

14. El primer cambio está referido a las modalidades que pueden ser utilizadas en el proceso de democracia interna. El artículo 109 del estatuto inscrito establece que la elección de los candidatos a los cargos de presidente y vicepresidentes de la República se realizará bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo 24, literales b) y c), de la Ley de Organizaciones Políticas
15. En el artículo 103 del estatuto cuya inscripción fue denegada por la mayoría de este Colegiado, se añade una modalidad adicional de elección (el voto universal, libre, igual, voluntario, directo y secreto de los afiliados y no afiliados), modalidad que no es utilizada en el proceso en el que resulta elegida la fórmula presidencial del partido político Todos por el Perú, en tanto fue elegida con la modalidad de delegados, o elección indirecta, la cual se incluía también en el estatuto inscrito en el ROP.
16. Al respecto, debe, además, tenerse en cuenta que el artículo 24 de la Ley de Organizaciones Políticas habilita hasta tres modalidades de elección interna, y determina que a través de alguna de ellas deba procederse a la selección de los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia, quienes no pueden ser designados:

Artículo 24°.- Modalidades de elección de candidatos

Corresponde al órgano máximo del partido político o del movimiento de alcance regional o departamental decidir la modalidad de elección de los candidatos a los que se refiere el artículo 23°. Para tal efecto, al menos las cuatro quintas partes del total de candidatos a representantes al Congreso, al Parlamento Andino, a consejeros regionales o regidores, deben ser elegidas de acuerdo con alguna de las siguientes **modalidades**:

a) Elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados y ciudadanos no afiliados.

b) Elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados.

c) Elecciones a través de los delegados elegidos por los órganos partidarios conforme lo disponga el estatuto.

Hasta una quinta parte del número total de candidatos puede ser designada directamente por el órgano del partido que disponga el Estatuto. Esta facultad es indelegable.

Dicha potestad no puede ser aplicada para el caso de candidatos a Presidente y Vicepresidentes de la República, los cuales deberán ser necesariamente elegidos. (...). (El énfasis es agregado)

17. Por tanto, el partido político, en su estatuto inscrito, ha previsto modalidades de elección habilitadas legalmente. Adicionalmente, del acta de elecciones internas, que obra en autos, se verifica que la elección de la fórmula presidencial se realizó bajo la modalidad de delegados, esto es, una de las contempladas en el estatuto inscrito, por lo que no se presenta ningún incumplimiento en dicha materia.

Asamblea Electoral

18. El segundo cambio, es la inclusión en este Título del artículo referido a la Asamblea Electoral.
19. Sobre el particular, es importante señalar que no se realizan mayores cambios a la naturaleza de este órgano partidario, en tanto se mantiene su contenido central (conformación y competencias).
20. Se trata únicamente de un cambio de ubicación de su regulación, pues la Asamblea Electoral se encontraba regulada en el artículo 31 del estatuto inscrito en el ROP y actualmente se encuentra prevista en el artículo 104.

El Tribunal Nacional Electoral

21. La Ley de Organizaciones Políticas establece, en su artículo 20, que la elección de autoridades y de los candidatos a cargos públicos de elección popular se realiza por un órgano electoral central conformado por un mínimo de tres (3) miembros.
22. El estatuto inscrito del partido político Todos por el Perú, en su artículo 59, prevé que los integrantes del Tribunal Nacional Electoral deben ser afiliados al partido político.
23. Según información obrante en el Registro de Organizaciones Políticas, dos de los tres integrantes de dicho Tribunal Nacional Electoral son afiliados (Pablo

Omar Castro Moreno y César Augusto Loredó Rosillo), mientras que uno de ellos no figura como tal (Alan Gerardo Bravo Gutiérrez).

24. Sin embargo, el partido político presentó, junto con el escrito de subsanación frente a la declaración de inadmisibilidad de la lista dictada mediante Resolución N° 001-2016-JEE-LC1/JNE, la ficha de afiliación de Alan Gerardo Bravo Gutiérrez.
25. Al respecto, los magistrados que suscriben el presente voto estiman, en aplicación del artículo 18 de la Ley de Organizaciones Políticas (que no establece al ROP como constitutivo de la afiliación a una organización política), que es posible considerar afiliado a un ciudadano que no obre como tal en el ROP, siempre que lo acredite con un documento de fecha cierta, tal como se efectúa en el presente expediente, aunque debe señalarse que pese a presumir la veracidad de este documento, resulta discutible que su legalización notarial corresponda a una fecha posterior (19 de febrero de 2016).
26. Se acepta, además, la inclusión como miembro del Tribunal Nacional Electoral de dicho ciudadano en la medida en que se afilió al partido político en fecha previa a su designación como integrante del referido tribunal electoral.
27. Dicho nombramiento como miembro del Tribunal Nacional Electoral, como se señaló en el voto en minoría de las Resoluciones N.° 093-2016-JNE y 114-2016-JNE, no ha sido objeto de cuestionamiento por los afiliados y directivos de la organización política, los directamente interesados, ni se contraviene la Constitución y la ley, e incluso la organización política apelante difundió, a través de su portal electrónico (<http://todosporelperu.pe/>), el desarrollo integral de sus elecciones internas, de tal manera que es razonable concluir que sus afiliados estuvieron en condiciones de conocer los detalles de su realización.
28. En mérito a lo antes señalado, la fórmula de candidatos a la presidencia y vicepresidencias de la República del partido político Todos por el Perú ha cumplido con las exigencias de democracia interna establecidas en la Constitución y la Ley de Organizaciones Políticas.

Razonabilidad y proporcionalidad

29. Si bien es cierto que el partido político Todos por el Perú, al tramitar la inscripción de su candidatura presidencial, ha incurrido en irregularidades administrativas relacionadas al incumplimiento de normas estatutarias vinculadas a los mecanismos de democracia interna, ello no debe implicar como consecuencia necesaria e ineludible la improcedencia de la inscripción de la candidatura.
30. En tanto está de por medio el derecho fundamental a la participación política, concretamente en su faceta pasiva, el derecho a ser elegido, debe tenerse en cuenta que toda restricción a este derecho, como lo es la imposibilidad de participar en la contienda electoral, debe ser evaluada conforme a cánones de razonabilidad y proporcionalidad.
31. En ese sentido, debe efectuarse una ponderación entre el bien jurídico que se busca proteger por medio de dicha restricción, la democracia interna de los partidos políticos y el derecho fundamental de participación política. Lo que debe evaluarse en estricto es si el grado de protección que se otorga a la democracia interna de los partidos políticos, a través de la declaración de improcedencia de la inscripción de una candidatura presidencial, es superior en intensidad al grado de restricción que se impone al derecho fundamental a la participación política, especialmente al derecho a ser elegido.
32. En el presente caso, consideramos que la sanción que se le estaría imponiendo al partido apelante, es decir, la imposibilidad de participar en el presente proceso electoral mediante una candidatura presidencial, resulta desproporcionada en tanto el contenido esencial del derecho a la participación política queda comprometido al impedirse en su totalidad el ejercicio del derecho.
33. En cambio, el grado de protección que se obtiene respecto a la democracia interna del partido político apelante es de intensidad menor en tanto finalmente se respetan las normas estatutarias pero se impide que el partido político cumpla con uno de sus objetivos sociales, como lo es la participación en la contienda electoral. Por tanto, resulta irrazonable y desproporcionado declarar improcedente la inscripción de la candidatura presidencial del partido apelante.

34. En la medida en que las normas de democracia interna de los partidos políticos tienden a optimizar el derecho fundamental de participación política, en tanto apuntan a consolidar el rol constitucional de los partidos políticos como órganos de formación y manifestación de la voluntad popular, estas deben ser interpretadas de modo tal que optimicen el ejercicio del derecho a la participación política. No resulta razonable entonces que tales normas sean interpretadas o aplicadas más bien para restringir dicho derecho, máxime cuando no hay ningún afiliado al partido - cuyos derechos precisamente tales normas apuntan a proteger- que haya manifestado haber sido afectado con los actos partidarios que han servido de base a la inscripción de la candidatura presidencial en cuestión.
35. Por tanto, al existir una interpretación que permite superar el incumplimiento de las normas estatutarias de democracia interna, concretamente la convalidación de los actos de los órganos partidarios efectuada mediante la asamblea del 20 de enero de 2016, a nuestro juicio debe privilegiarse tal posibilidad y preservar el ejercicio del derecho a la participación política al no declararse la improcedencia de la inscripción de la candidatura presidencial del partido apelante.

Reflexión final

36. Finalmente, el sentido de nuestro voto no nos impide hacer la siguiente reflexión: toda organización política se constituye con las exigencias y finalidades previstas en la Constitución y la ley, y por tanto orienta su actuar a participar en una contienda democrática para pretender llegar al poder y gobernar al país, en otras palabras decidir los destinos de nuestro querido Perú por el lapso de cinco años, y los destinos de aproximadamente 32 millones de peruanos. Para ello, la organización política debe contar con un plan de gobierno viable y debidamente fundamentado, también con cuadros de profesionales y técnicos idóneos para llevar adelante esta gran responsabilidad.
37. Por esto no podemos dejar de expresar nuestra preocupación por cuanto en el presente caso, el partido político Todos por el Perú no haya tenido la capacidad suficiente para llevar sus actos partidarios o asociativos de modo más ordenado, como son las asambleas generales, observando debidamente sus propios estatutos, y con la debida anticipación, tarea que no requiere más que obrar con mínima diligencia y conocimientos sobre su contenido.

38. En el presente caso los directivos del partido político Todos por el Perú, conforme aparece de las propias copias de las actas presentadas, empezaron a impulsar estos acuerdos partidarios, en el mes de octubre del año pasado 2015, lo que trasluce, al menos, improvisación, a lo que se debe agregar los graves defectos de su asamblea general extraordinaria del 10 de octubre 2015, inexplicable en un partido político que aspire a gobernar el País. De allí que todas las incidencias de este caso, que ha venido siendo tratadas ante el ROP, el Jurado Electoral Especial y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones le es únicamente imputable a los directivos y afiliados de la misma organización política, que manejaron los libros de asambleas, el padrón de afiliados, por mencionar algunos documentos. Esta es una realidad que debe ser aceptada por la propia dirigencia del partido político Todos por el Perú y por los candidatos a la fórmula presidencial y las listas al Congreso de la Republica. No hay porque culpar a los demás y desconfiar de las instituciones.

Por las consideraciones expuestas, nuestro **VOTO** es por que se declare **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el Jean Carlos Zegarra Roldán, personero legal del partido político Todos por el Perú, que se **REVOQUE** la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo de 2016, emitida por el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, y en consecuencia, **INFUNDADAS** las tachas formuladas por los ciudadanos Santiago Salas Ramírez, Carlos Enrique Ortiz Ñahuis, Hernando Guerra-García Campos, Malzon Ricardo Urbina La Torre, David Jesús Quintana, Nicanor Alvarado Guzmán, Antonio Sigifredo del Castillo Miranda, Walter Pedro Villegas Limache y Gustavo Gutiérrez Ticse, Víctor Gabriel Hernández Cochachi, y Luis Alfredo Aparcana Rodríguez, y que se **DISPONGA** la inscripción de la fórmula presidencial presentada por la citada organización política con el objeto de participar en las Elecciones Generales 2016.

SS.

TÁVARA CÓRDOVA

CORNEJO GUERRERO

Samaniego Monzón

Secretario General

acnz/mchg/abr/dpr



-
- This image shows a single sheet of white paper with horizontal blue or grey ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are approximately 20 lines visible. The paper appears to be a standard notebook page or a sheet of stationery.



CASOS SUGERIDOS

UNIDAD III: INVALIDEZ NORMATIVA

- Caso 1: Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0004-2004-AI/TC.
- Caso 2: Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0019-2005-PI/TC.
- Caso 3: Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0030-2005-PI/TC.

Primer Caso

Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0004-2004-AI/TC.

EXP. N.º 0004-2004-AI/TC

N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC

N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC

N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC Y

N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CUSCO Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini y, por sus propios fundamentos con el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano

ASUNTO

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y 20º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947, que regulan la denominada “bancarización” y crean el Impuesto a la Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º,

13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19° de la Ley N.º 28194 —Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos.

DEMANDAS CONTRA LOS DECRETOS LEGISLATIVOS Nos 939 Y 947

A) Antecedentes

El Colegio de Abogados del Cusco, con fecha 19 de enero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15° y 16° del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N.º 947, que modifica el Decreto Legislativo N.º 939, publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de enero de 2004, por considerarlos contrarios a la Constitución Política del Estado, ya que vulneran los derechos a la libertad de contratar y de propiedad, el secreto bancario, el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y la obligación constitucional conferida al Estado de fomentar y garantizar el ahorro.

Con fecha 5 de febrero de 2004, el Colegio de Abogados de Huaura interpone acción de inconstitucionalidad contra los mismos artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por atentar contra los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Más de 5 mil ciudadanos, con fecha 12 de febrero de 2004, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los ya precitados artículos, del artículo 20°, y, por conexión del Decreto Legislativo N.º 947 y el Decreto Supremo N.º 190-2003-EF, por violar, además de los derechos ya citados, la libertad de empresa, comercio e industria y el principio de no retroactividad de la ley; asimismo, porque desprotegen a los consumidores y usuarios, y porque el Poder Ejecutivo ha legislado sobre materias para las que no se le delegó facultades.

El Colegio de Contadores Públicos de Loreto, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los mencionados artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por los mismos argumentos utilizados por el Colegio de Abogados del Cusco.

El Colegio de Abogados de Ica, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.os 939 y 947, por considerar que su contenido es contrario al derecho a la libre

contratación, al derecho de propiedad, al secreto bancario y al principio de promoción y fomento del ahorro.

El Colegio de Economistas de Piura, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.os 939 y 947, por considerarlos contrarios a la Constitución, por los mismos fundamentos expuestos por el Colegio de Abogados del Cusco.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Ayacucho, con fecha 17 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939 y las normas que tengan conexión con el mismo, por considerarlo contrario a los derechos ya mencionados y, además, a la igualdad ante la ley, ya que discrimina a los trabajadores independientes de los trabajadores dependientes.

Luego de admitirse a trámite las demandas, el Tribunal Constitucional, con fecha 18 de febrero de 2004, dispuso la acumulación de los Expedientes Nos 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC y 0016-2004-AI/TC, por existir conexión entre ellos, toda vez que las demandas, todas, tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos Nos 939 y 947.

B) Contestación

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Poder Ejecutivo, con fecha 1 de abril de 2004, contesta la demanda y solicita que se declare la conclusión del proceso por haberse producido la sustracción de la materia, alegando que, con fecha 26 de marzo de 2004, se publicó la Ley N.º 28194, que derogó los cuestionados decretos legislativos.

DEMANDA CONTRA LA LEY N.º 28194

A) Antecedentes

Con fecha 23 de abril de 2004, el Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y demás pertinentes de la Ley N.º 28194, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de marzo de 2004, que deroga los Decretos Legislativos N.os 939 y 947, pues, en su criterio, no supera los cuestionamientos de constitucionalidad realizados a los mencionados decretos. Manifiesta que dicha ley es inconstitucional porque:

a) Afecta la libertad de contratación, ya que los artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada al determinar que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes; más aún, el artículo 8° dispone que quienes incumplan esta norma no podrán deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios, imponiendo una sanción y ordenando una bancarización de las obligaciones dinerarias que, en su criterio, no es una limitación razonable ni justificada a la libertad de configuración interna de los contratos. Agrega que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que ésta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera, resultando irrazonable, además, en aquellas localidades en las que no existen agencias financieras.

b) Viola el secreto bancario, ya que el artículo 17° autoriza a la autoridad tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa, cuando la Constitución sólo señala 3 supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario.

c) Contraviene el derecho a la propiedad, puesto que se aplica a las operaciones de abono y débito tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero; además, se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, si forma parte de sus ingresos, de su renta o si está destinado a su consumo. Asimismo, porque empobrece a los ciudadanos y a las empresas, ya que los obliga a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza, la que ya está gravada por otros tributos.

d) Afecta el principio tributario de no confiscatoriedad de los tributos, pues el ITF afecta directamente el capital empresarial y se aplica sobre el activo circulante de las empresas, sin evaluar la real capacidad económica del contribuyente. Además, porque sobre los mismos ingresos que gravan otros impuestos se aplica el ITF, por lo que se genera una doble imposición.

e) Desvirtúa la obligación constitucional del Estado de proteger el ahorro, por cuanto su efecto inmediato será desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente el ahorro efectuado por el pequeño ahorrista.

Con fecha 14 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dispuso la acumulación del Expediente N.º 0027-2004-AI/TC con los Expedientes N.º 0004-2004-AI/TC y otros, por existir conexión entre ellos.

B) Contestación

El Congreso de la República, con fecha 15 de junio de 2004, contesta la demanda en los siguientes términos:

a) Respecto de la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratar, sostiene que la forma en que debe realizarse el pago de una obligación en dinero no tiene nada que ver con la decisión de celebrar un contrato o con quién hacerlo, ni puede considerarse como un componente esencial del contenido del contrato. Además, afirma que lo dispuesto por el artículo 4º ni siquiera es compulsivo, a menos que se persiga que la operación surta efectos tributarios, y que, según el inciso c) del artículo 6º de la misma ley, las transacciones que se realicen en distritos donde no exista agencia o sucursal de una empresa financiera, están exceptuadas de usar los medios de pago previstos. Señala que el problema se presentaría si en el contrato existiese una estipulación expresa del pago de dinero en efectivo y las partes desearan seguir haciéndolo así, pretendiendo que la operación surta efectos tributarios. Expresa que el artículo 62º de la Constitución opera siempre que no se trate de normas ulteriores de orden público, y que las disposiciones de índole tributaria, como la cuestionada, tienen carácter imperativo y son de orden público.

b) En cuanto a la eventual violación del secreto bancario, refiere que dicho derecho se circunscribe sólo a la confidencialidad de la información sobre las operaciones pasivas. Por otro lado, afirma que la reserva de la información que ofrecen las entidades financieras, obedece a la práctica comercial o a razones de índole contractual, lo que no significa que dichos datos se encuentren bajo la protección constitucional del secreto bancario. En consecuencia, sostiene que en tanto el contenido de la información que las empresas del sistema financiero pongan en conocimiento de la Administración Tributaria [por la declaración y el pago del ITF] no esté referido a las operaciones pasivas, ello no supondrá vulneración del derecho al secreto bancario, ni modificación a la legislación vigente.

Agrega que el monto total de las operaciones gravadas por el ITF incluye a las operaciones activas y pasivas; pero que, no obstante, cuando se informe sobre el monto total de dichas operaciones, resultará imposible discriminar lo que corresponde a cada tipo de operación, o determinar el detalle del monto de

cada operación pasiva, así como informar sobre el monto depositado antes de la declaración, ni del existente después de ella, de lo que se concluye que no se revela información sobre dicho concepto.

Respecto de las declaraciones de las operaciones exoneradas, manifiesta que el monto a declararse se expresará en términos globales, sin hacer distingo entre las operaciones activas y pasivas, ni sobre el monto depositado en cada una de ellas, por lo que tampoco se verifica afectación del secreto bancario. Indica que la información proporcionada a la SUNAT se mantendrá en reserva, pues sólo se utilizará para fines tributarios.

c) Sobre la supuesta violación del derecho de propiedad, afirma que si bien el ITF es aplicable a las operaciones de entrada y salida de dinero del sistema financiero, de ello no se puede deducir que se afecta dicho derecho constitucional. En cuanto a que grava el mismo dinero que ingresa una y otra vez a las cuentas bancarias, refiere que el inciso a) el artículo 9° de la ley, señala que no se encuentran gravadas las operaciones entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una o en diversas entidades del sistema financiero; y, tratándose de transacciones entre cuentas de diferentes titulares, tampoco se afecta el derecho de propiedad, ya que se grava el patrimonio de distintas personas. Por otro lado, aduce que resulta irrelevante que el impuesto grave aspectos distintos a la renta, al patrimonio, al consumo, a la transferencia de bienes o al pago de servicios, puesto que ello constituye el ejercicio de la potestad tributaria, más aún cuando el ITF no tiene efectos confiscatorios.

d) Acerca de la supuesta afectación del principio de no confiscatoriedad, indica que el ITF no es un impuesto que grava la renta, por lo que el argumento de que grava de manera directa el capital empresarial, no es pertinente. Asimismo, añade que la utilización obligatoria de los medios de pago en el sistema financiero para ciertas operaciones y el ITF no generan efectos confiscatorios, dado que la alícuota es del 0.10% de la transacción, monto que decrecerá progresivamente, concluyéndose que no extrae una parte importante de la propiedad particular, pues la tasa es razonable y proporcionada.

e) Respecto de la eventual vulneración del fomento y la garantía del ahorro, refiere que el contenido esencial de la protección al ahorro consagrada en la Constitución, radica en la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero, lo que no tiene nada que ver con las disposiciones establecidas en la ley cuestionada.

FUNDAMENTOS

1. Mediante auto de fecha 18 de febrero de 2004, se acumularon los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo N.º 939, modificado por el Decreto Legislativo N.º 947, con el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra diversos artículos de la Ley N.º 28194, que derogó los referidos decretos legislativos. En consecuencia, la primera cuestión que debe resolverse es la relacionada a los alcances de este pronunciamiento, respecto de los decretos legislativos derogados.

§1. Vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas

2. La cuestión, a juicio del Tribunal, debe examinarse efectuando una distinción entre las categorías de vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas jurídicas.

Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma que postergue su vigencia en todo o en parte (artículo 109º de la Constitución), y pierde vigencia con su derogación; empero, cabe señalar que las normas derogadas, de conformidad con la dogmática jurídica relativa a la aplicación de la ley en el tiempo, puede tener efectos ultractivos.

La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204º de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36º y 40º de la Ley N.º 26435 — Orgánica del Tribunal Constitucional).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una

demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

3. Los Decretos Legislativos N.os 939 y 947 sólo tuvieron vigencia y surtieron efectos jurídicos por 26 días, del 1 al 26 de marzo de 2004, pues a partir del 27 de marzo fueron derogados y sustituidos por las nuevas reglas previstas en la Ley N.º 28194. Dado que dichos Decretos Legislativos versaban, en parte, sobre materia tributaria, los efectos que cumplieron en el pasado podrían ser afectados por una eventual sentencia estimatoria dictada por este Colegiado. Sin embargo, considerando que algunas de las modificaciones introducidas por la Ley N.º 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido [Quinta y Sexta Disposiciones Finales de la misma Ley N.º 28194], el Tribunal considera pertinente circunscribir su fundamentación a la Ley N.º 28194.

§2. Supuesto antitecnicismo de la Ley N.º 28194

4. Los demandantes consideran que la Ley N.º 28194 se sustenta en una formulación antitécnica. Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el "antitecnicismo" de las leyes, o, acaso, su "ineficiencia", sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental.

En este sentido, la ley cuestionada, para los efectos de control debe ser confrontada, especialmente, con el artículo 74º de la Constitución Política del Perú que en la parte pertinente señala que "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo", y el artículo 44º de la misma Carta Fundamental que establece como deberes primordiales del Estado: "defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"

§3. "Bancarización", ITF y libertad contractual

5. Los demandantes argumentan que la norma impugnada afecta el derecho a la libertad de contratar, ya que sus artículos 3º, 4º, 5º y 6º vulneran la autonomía privada porque ordenan que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, "a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes". Asimismo, aducen que el artículo 5º obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que esta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera.

6. Sobre este extremo de la demanda, el Congreso ha argumentado que tanto el inciso 14 del artículo 2º como el artículo 62º de la Constitución, han establecido un marco de actuación de la libertad contractual, sometiendo dicha libertad a las "leyes de orden público" y a "las normas vigentes al tiempo del contrato".

7. Al respecto, la exigencia de utilizar un determinado medio de pago para cumplir las obligaciones que surjan como consecuencia de la celebración de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada y restitución de derechos arancelarios, constituye una evidente limitación del derecho fundamental a la libertad de contratación. Sin embargo, conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento "no esencial" del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).

8. El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: "(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...)" (STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26)

Estos elementos constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Desde esta perspectiva, no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse, de modo que tocará ahora determinar si tal limitación resulta justificada para alcanzar un fin constitucionalmente relevante.

9. El objetivo de la denominada "bancarización" es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43° de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

10. De otra parte, resulta claro que la informalidad de las transacciones patrimoniales es un factor determinante que facilita la evasión tributaria, motivo por el cual el establecimiento de medidas orientadas a incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero para la ejecución de tales transacciones, resulta una medida idónea para la detección de cualquier fraude tributario.

11. Asimismo, debe enfatizarse la existencia de diversos factores que permiten sostener que el legislador no ha pretendido menoscabar más allá de lo necesario el derecho fundamental a la libertad contractual. Entre dichos factores se encuentran: a) el establecimiento de un monto mínimo a partir del cual se deberán utilizar los referidos medios de pago (S/. 5,000 o US\$ 1,500); b) una amplia gama de medios de pago susceptibles de ser utilizados dentro del sistema financiero (artículo 5° de la Ley N.° 28194); y, c) supuestos específicos de exoneración de la exigencia en la utilización de los medios de pago, entre los

que se encuentran diversas entidades y, en determinados casos, las personas naturales, existiendo incluso la posibilidad de que un notario o juez de paz sea quien de fe del pago, entrega o devolución del mutuo de dinero, en el caso de las transferencias que se realicen en distritos en los que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero (artículo 6° de la ley impugnada).

12. En consecuencia, si bien este Colegiado constata que existe una limitación del derecho fundamental a la libertad contractual, tal restricción no afecta el contenido esencial del derecho y se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad, de modo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

§4. Excepciones al uso de los medios de pago bancarios en las localidades donde no existan entidades del sistema financiero

13. Los recurrentes sostienen que los requisitos previstos en el artículo 6° de la ley cuestionada para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas del uso de los medios de pago previstos en el artículo 5° de la misma norma, resultan irrazonables, en tanto se exige que, para efectos de que opere la excepción, se presenten concurrentemente.

14. La parte pertinente del referido artículo 6°, establece lo siguiente: "(...). También quedan exceptuadas las obligaciones de pago, incluyendo el pago de remuneraciones, o la entrega o devolución de mutuos de dinero que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del Sistema Financiero, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- a) Quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal en dicho distrito. Tratándose de personas naturales no obligadas a fijar domicilio fiscal, se tendrá en consideración el lugar de su residencia habitual.
- b) En el distrito señalado en el inciso a) se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero.
- c) El pago, entrega o devolución del mutuo de dinero se realice en presencia de un Notario o Juez de Paz que haga sus veces, quien dará fe del acto. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá establecer a otras entidades o personas que puedan actuar como fedatarios, así como regular la forma, plazos y otros aspectos que permitan cumplir con lo dispuesto en este inciso."

15. En criterio de este Colegiado, la exigencia de que se presenten conjuntamente los aludidos requisitos para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas de usar los medios de pago previstos en el artículo 5° de la Ley N.° 28194, resulta plenamente justificada, pues cada uno de ellos cumple, al lado de los otros, una función indispensable en el objetivo de evitar que los particulares —que pretendan evadir el pago del tributo—, puedan encontrar los medios idóneos para quedar exceptuados de acudir a las entidades del sistema financiero para cumplir sus obligaciones contractuales.

En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la administración pública.

De otra parte, resulta razonable también el requisito según el cual en el distrito carente de entidad financiera se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero, puesto que, en caso contrario, la administración, con justificado motivo, impondría que la transferencia se realice en el distrito en el que se encuentra el bien o se realiza el servicio que es objeto del contrato y que cuanta con una entidad financiera a través de la cual puede realizarse la operación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional comparte el criterio del apoderado del Congreso de la República, conforme al cual el Notario o el Juez de Paz Letrado son los funcionarios o autoridades descentralizadas idóneas para revestir de las garantías de legalidad y formalidad suficientes a las operaciones contractuales realizadas por personas que, por domiciliar en localidades que no cuentan con agencias financieras, quedan exentas de la obligación de acudir a ellas.

16. Así pues, la ausencia de cualquiera de los referidos requisitos, permitiría que los actos tendientes a la evasión tributaria desvirtúen el objeto mismo de la norma, es decir, incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero formalizando la ejecución de las transacciones patrimoniales.

Por estos motivos, en Tribunal Constitucional desestima este extremo de la demanda.

§5. ITF y principio de no confiscatoriedad de los tributos

17. Los demandantes sostienen que el ITF vulnera el principio de no confiscatoriedad de los tributos, pues es un impuesto que se ha emitido “(...) sin evaluar, siquiera indiciariamente, la real capacidad económica del contribuyente (...)”. Alegan que si bien es posible que “(...)en determinados, y, seguramente, numerosos casos, el tributo no tenga una incidencia real sobre el patrimonio de determinadas personas, sea porque estas cuentan con ingresos importantes que les permiten obtener tasas de interés preferenciales que absorben el impacto del impuesto o sea porque el número de operaciones que realicen es limitado (...)”, el problema se presenta en aquellos “(...) casos de personas cuyos ahorros sean pequeños y que por tanto sólo acceden a las tasas más bajas del sistema, o de las personas que efectúan muchas operaciones de transferencias y depósitos con su mismo capital de trabajo (...)”, en los que “(...) el efecto confiscatorio del tributo es objetivamente cierto, grave y genera todas las distorsiones enumeradas en las consideraciones precedentes (...)”.

18. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

19. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su STC N.º 2727-2002-AA/TC, donde se estableció que:

“(...) el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un ‘concepto jurídico indeterminado’. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen

en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (...)" (FJ. 5).

20. Por ello, es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta respecto a las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto, analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un exceso de poder tributario.

21. En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en el que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla (FF. JJ. 25 a 26, infra), pudiendo ser ésta un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9° de la Ley N.º 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0.10 %) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0.08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0.06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.

22. Por tal virtud, el Tribunal Constitucional desestima el alegato planteado en la demanda, según el cual las disposiciones de la ley que regulan el ITF afectan el principio de no confiscatoriedad.

23. No obstante, en atención a lo expuesto en los FF.JJ. 19 y 20, supra, este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

§6. Impuesto a las transacciones financieras (ITF) y derecho de propiedad

24. Los demandantes alegan que el impuesto creado por la Ley N.º 28194 viola el derecho de propiedad. Amparan su argumento en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se sostuvo que en materia de impuesto a la renta, el legislador, al establecer el hecho imponible, está obligado a respetar y garantizar la intangibilidad del capital. Refieren que si bien estos pronunciamientos fueron emitidos en torno al impuesto a la renta, también tendrían validez frente a otras formas de imposición y, en particular, frente al impuesto cuestionado, pues éste "se aplica a las operaciones de abono y débito (...) tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero, sin tener en cuenta que se puede tratar (en el caso del mismo contribuyente) del mismo dinero que ingresa una y otra vez"; porque "se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, forma parte de sus ingresos, es parte de su renta o se destina a su consumo"; y porque empobrecerá "a los ciudadanos y las empresas, ya que ellas van a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza".

25. En un Estado social y democrático de Derecho, el diseño de la política tributaria es un ámbito reservado al legislador, en el que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

26. Este margen de libertad debe someterse, por tanto, a un enjuiciamiento jurídico constitucional, en el que no cabrá calificar políticamente las acciones que el legislador pudiese adoptar. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en criterio compartido por este Colegiado, que: « (...) en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» [STC N.º 11/1981, FJ. 7].

27. En criterio concordante, este Tribunal Constitucional ha sostenido que: " (...) la Constitución no ha constitucionalizado (o, a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas

puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales" [STC N.º 2727-2002-AA/TC, FJ. 6]

28. En tal sentido, es erróneo el argumento de los demandantes según el cual el hecho de que el ITF grave el capital, es, por sí solo, un factor que determina su inconstitucionalidad.

Cuando en la STC N.º 0646-1996-AA/TC, entre otras, este Tribunal sostuvo que el Impuesto Mínimo a la Renta vulneraba el principio de no confiscatoriedad de los tributos, era porque:

"(...) en materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado a establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier quantum(...)".

Tal afirmación —a diferencia de lo que los demandantes sostienen—, no indicaba que se violaba el principio de no confiscatoriedad de los tributos por el solo hecho de que el impuesto recayera sobre el patrimonio. La inconstitucionalidad radicaba en que, en el seno de una ley destinada a gravar la renta, los beneficios o las ganancias [como el Decreto Legislativo N.º 774], se haya terminado gravando la fuente productora de esa renta, es decir, el capital. Era la incongruencia o inadecuación entre un medio [la utilización de un gravamen al capital] y la naturaleza del impuesto a la renta [que sólo puede gravar el beneficio de una fuente productora], lo que en dicha ejecutoria se consideró inconstitucional.

Como se expuso en la precitada sentencia:

"(...) según se desprende de los artículos 109º y 110º del Decreto Legislativo N.º 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por ciento del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el artículo 1º, donde se diseña el ámbito de aplicación del tributo, sino el capital o sus activos netos (...)"

29. Por consiguiente, lo relevante, en este caso, desde un punto de vista constitucional, no será esclarecer si el ITF grava el patrimonio o el capital, pues de hecho lo hace y a ello está destinado (cuando menos, en determinados casos), sino determinar si, no obstante incidir sobre la propiedad, tal afectación es ilegítima por vulnerar el principio de no confiscatoriedad de los tributos,

consagrado en el artículo 74° de la Constitución. Y es que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Federal alemán, en posición que este Colegiado hace suya: “ (...) el derecho fundamental de propiedad sólo despliega su vigor frente a los impuestos, en el caso de que estos tengan un efecto estrangulador (erdrosselnde Wirkung)” [Cfr. BVerfGE 93, 121 (53 y ss)].

§7. ITF y el secreto bancario

30. De otro lado, los demandantes alegan que el artículo 17° de la Ley N.º 28194 lesiona el secreto bancario, puesto que el ITF “(...) plantea la necesidad injustificada, indebida e inconstitucional (...)” de acceder a la información bancaria de los ciudadanos en supuestos distintos a los contemplados en el inciso 5 del artículo 2° de la Carta Fundamental, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de efectuar la declaración del pago del impuesto por cuenta de los contribuyentes, situación que se agrava —según sostienen los demandantes— cuando el propio artículo 17° establece que esta información se proporcionará también respecto de determinadas operaciones exoneradas del impuesto, lo que pondría de manifiesto “(...) que el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos (...)”.

31. Al respecto, el Congreso sostiene que el secreto bancario protege sólo las “operaciones pasivas” de los clientes de los bancos o entidades financieras, es decir, fundamentalmente, depósitos de ahorro, a plazo, a la vista, innominados y certificados de depósito. La extensión del secreto bancario a otros espacios más allá de las “operaciones pasivas” de los clientes —según afirma el representante del Congreso— obedecería, en todo caso, a la práctica comercial o a razones de índole contractual, puesto que no se encontrarían bajo la protección del secreto bancario.

32. El artículo 17° de la Ley N.º 28194 puede ser interpretado, cuando menos, en dos sentidos distintos, a criterio de este Colegiado. De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que es manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándolo hacia la Administración Tributaria, cuyo uso sólo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia.

Sólo la primera de las interpretaciones resulta incompatible con la Carta Fundamental. Empero, respecto de la segunda, es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad. Y es que nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los fines institucionales de la Administración Tributaria, orientados a hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado Constitucional.

33. La Constitución, en el inciso 5 de su artículo 2º, establece que el levantamiento del secreto bancario procede a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y con la finalidad de investigar un delito o indicio de delito; sin embargo, no ha delimitado de manera explícita el contenido de la institución, por lo que corresponde ahora analizarlo para lograr su cabal elucidación.

34. El derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Así lo ha sostenido este Colegiado en el Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, al considerar que: "(...) la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras". (FJ. 9).

35. Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de "biografía económica" del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.

36. Empero, el derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2º de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido "no esencial").

37. En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2º de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2º), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

38. Así pues, determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.

39. Así las cosas, las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.

40. Dichos fines son los que pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17º de la norma cuestionada, en tanto permiten que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información en reserva, se aboque a la fiscalización y detección del fraude tributario.

41. Por lo demás, y siempre respecto de los aludidos preceptos del artículo 17º de la norma impugnada (numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3), tratándose del acceso a una información directamente relacionada con actividades gravadas por el ITF, cuyo tiempo de vigencia es considerablemente limitado (hasta el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo previsto por el

artículo 23°3 de la Ley N.º 28194), la restricción del secreto bancario que el acceso a dicha información implica, resulta, como consecuencia inmediata, también temporalmente limitada, con lo que la institución no resulta restringida más allá de lo razonablemente necesario.

42. Distinto es el caso del último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, el cual obliga a que las instituciones financieras también proporcionen información "(...) respecto de las operaciones exoneradas [del impuesto]".

Esta atribución que otorga la norma impugnada a la Administración Tributaria, es lo que motiva a que a la parte demandante sostenga que: "(...)el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del Tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos, en contra de lo establecido en la Constitución sobre esta materia (...)".

43. Por ello, para este Tribunal el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda sine die.

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera inconstitucional el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, por afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 62º del Código Tributario, la SUNAT mantiene incólume la facultad de solicitar información a las empresas del sistema financiero sobre las operaciones pasivas de sus clientes, incluso exoneradas de impuestos, en la medida en que exista un requerimiento judicial de por medio.

§8. ITF y promoción del ahorro

45. Los demandantes consideran que el ITF creado por la Ley N.º 28194 viola el artículo 87º de la Constitución, "por cuanto el efecto inmediato del ITF (...) es desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente de aquellos depósitos de montos menores que, por

el poco interés que generan, no podrán compensar los efectos del referido impuesto”.

46. Por su parte, el Congreso de la República alega que el mandato del artículo 87° de la Constitución, según el cual “el Estado fomenta y garantiza el ahorro”, ha sido desarrollado por los artículos 132° y 134° de la Ley N.º 26702 — Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros—, y que, a partir de lo allí dispuesto, es posible “identificar el contenido esencial del derecho del ahorrista que protege y garantiza la Constitución”, el cual se traduce “en la adopción de una serie de medidas de supervisión y control de las entidades financieras que reciben ahorros”, esto es, en “la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero”.

Añade que “(...) mientras sus recursos se encuentren razonablemente protegidos mediante mecanismos preventivos, como la autorización para su funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros, así como mecanismos permanentes como las facultades inspectivas de la SBS (...), no nos encontraremos ante situaciones inconstitucionales ni de incumplimiento del mandato constitucional impuesto al Estado de fomentar y garantizar el ahorro”.

47. Aunque en la demanda no se ha expresado concretamente cuál es la disposición de la Ley N.º 28194 que afectaría el artículo 87° de la Constitución, es posible inferir que, en relación a este punto, el precepto impugnado es el inciso a) del artículo 9° y sus normas conexas. Dicha disposición establece que: “El impuesto a las transacciones financieras grava las operaciones en moneda nacional o extranjera, que se detallan a continuación: a) La acreditación o débito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las empresas del Sistema Financiero, excepto la acreditación, débito o transferencia entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una misma empresa del Sistema Financiero o entre sus cuentas mantenidas en diferentes empresas del Sistema Financiero”.

48. Sin embargo, en lo que a este extremo de la demanda atañe, resulta claro que la impugnación sobre el indicado inciso a) del artículo 9° de la Ley N.º 28194 no se refiere a lo que allí in toto se ha previsto, sino a que no se haya excluido de las operaciones gravadas a las cuentas de ahorro que se encuentren abiertas en las empresas del sistema financiero.

49. La protección y fomento del ahorro supone un amplio margen de maniobrabilidad de parte del Estado. Sin embargo, en este caso, los límites a las políticas públicas se expresan, de un lado, en no suprimir o vaciar de contenido a la institución del ahorro (deber de garantizar), y, de otro, en cuidar en grado extremo que tales políticas públicas no supongan un entorpecimiento u

obstaculización irrazonable o desproporcionada de su práctica (deber de fomento).

50. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 87° de la Constitución reconoce al ahorro como un derecho subjetivo constitucional, en la medida que el Estado se encuentra, de un lado, prohibido de apropiarse arbitrariamente de él, y de otro, obligado a fomentarlo y garantizarlo; y también como una garantía institucional que auspicia la protección del ahorrista en el sistema financiero. (STC N.° 0410-2002-AA/TC, FJ. 2)

51. Como el ahorro está constituido por un conjunto de imposiciones de dinero que realizan la personas naturales y jurídicas en las empresas del sistema financiero, el factor de real relevancia para determinar el cumplimiento del Estado de su obligación de garantizar y fomentar el ahorro, sería el análisis de la ley que, por mandato directo del propio artículo 87° de la Carta Fundamental, tiene reservada la regulación de las obligaciones y los límites de las empresas que reciben los ahorros del público, así como de la labor que cumple la Superintendencia de Banca y Seguros en el control de las empresas bancarias, conforme a las prescripciones previstas en dicha ley. Así, el cumplimiento de la labor estatal de fomento y garantía del ahorro no puede apreciarse a partir de una medida aislada como la imposición de un tributo sobre la transferencia de los montos contenidos en una cuenta de ahorro, sino a la luz del conjunto de medidas y regulaciones asumidas por el aparato estatal y orientadas a garantizar la cabal eficacia del artículo 87° de la Constitución.

52. Consecuentemente, este Colegiado comparte la apreciación del representante del Congreso de la República, en el sentido de que es preciso atender a la suma de garantías contenidas en diversas disposiciones de la Ley N.° 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros— para determinar si, cuando menos en un sentido objetivo y abstracto (tal como corresponde en un proceso de inconstitucionalidad), el Estado cumple con el artículo 87° de la Constitución.

53. Por consiguiente, el establecimiento de límites y prohibiciones, la obligación de mantener una reserva en el capital social de las empresas financieras, la constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos; la constitución de otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado, entre otras medidas previstas en el artículo 132° de la referida ley, así como la necesidad de auditorías externas; la supervisión para que las empresas bancarias cumplan con los límites individuales y globales, además de otras medidas dispuestas por el artículo 134° de la Ley N.° 26702; y, en fin, la

necesidad de que se tenga una debida información sobre el estado de las empresas financieras, un fondo de seguro de depósitos y una central de riesgos, permiten concluir que, en un análisis global, el establecimiento de un tributo como el ITF, de naturaleza no confiscatoria (según se ha visto) y temporal (artículo 23°.3 de la Ley N.º 28194), no vulnera el artículo 87° de la Constitución, puesto que la institución del ahorro se mantiene garantizada por otras diversas medidas.

Por estos fundamentos y los de los magistrados Alva Orlandini y Revoredo Marsano, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar, por unanimidad, FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194, y, en consecuencia, inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.º 28194, cuyo tenor es el siguiente: "La información señalada en el párrafo anterior también será proporcionada respecto de las operaciones exoneradas comprendidas en los literales b), c), d), e), h), i), j), k), l), ll), m), o), s), t), u), v), w) y x) del Apéndice, señalando adicionalmente en este caso el monto acumulado de las operaciones del inciso a) del artículo 9 exoneradas del impuesto. Asimismo, las empresas del Sistema Financiero deberán informar a la SUNAT sobre la Declaración Jurada a que se refiere el artículo 11, en la forma, plazo y condiciones que establezca el Reglamento". Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "el Peruano", dicho párrafo deja de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Declarar, por unanimidad, que integra la parte resolutive de la presente sentencia el Fundamento Jurídico 23, supra, conforme al cual los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados;

3. Declarar, por mayoría, INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194 en lo demás que contiene; y

4. Declarar, por mayoría, IMPROCEDENTES, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.º 939, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947. Sin perjuicio, de dejar expedita la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar el ITF, en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. ¿Cuáles fueron las razones esenciales para la declaración de invalidez o inconstitucionalidad?

2. ¿Está de acuerdo con la decisión tomada?

3. ¿Cómo habría resuelto usted el caso a la luz de los conceptos de la presente unidad?

Segundo Caso

Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0019-2005-PI/TC.

EXP. N.º 0019-2005-PI/TC

LIMA

MÁS DEL 25% DEL NÚMERO

LEGAL DE MIEMBROS DEL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 31 Congresistas de la República.

Normas sometidas a control : Artículo Único de la Ley N.º 28568.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.º 28586, cuyo Artículo Único dispone:

"Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención".

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la última ratio en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no sólo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- Con relación al objeto de pronunciamiento:

a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.

b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.

- Con relación al fondo del asunto:

c) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

d) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:

d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.

d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.

d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.

d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.

d.5) Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.

d.6) Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.

- d.7) Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual será necesario acudir al test de proporcionalidad.
- Con relación a los efectos de la sentencia:
 - e) Determinar sus efectos en el tiempo.
 - f) Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.

VI. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial El Peruano al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47º del Código Penal.

2. Concretamente, la ley cuestionada dispone:

"Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º.- El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención."

§1. Delimitación del petitorio

3. Del tenor de la demanda se advierte que los recurrentes no han cuestionado la constitucionalidad in toto del aludido artículo, pues sólo consideran inconstitucional el primer párrafo del precepto en cuanto dispone que el tiempo de arresto domiciliario se abona al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto; mas no que, para esos mismos efectos, se tome en consideración el tiempo de detención preventiva sufrido.

En consecuencia, desde el punto de vista de la disposición (texto lingüístico impugnado), debe concluirse que los recurrentes consideran inconstitucional la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del precepto impugnado.

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial El Peruano al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que

"(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria." (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad "aniquila" todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca:

"La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto." (subrayado agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de "día por día" con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139°.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes).

8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

"(...) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)". (Constitución y Derecho Penal. Lima: Palestra, 2003, p. 32".

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una

sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

10. En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta "optimizando" la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a efectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo amplio de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el restringido, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143º (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a ésta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención”.

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143° (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135° del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

"1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida".

16. De acuerdo al artículo 143°, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, prima facie, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

"(...) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente".

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula mixta respecto a los dos modelos reseñados en el Fundamento 14, supra.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos restringidos para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.

18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el

arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.

19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

"[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella." (Fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (Caso Fernandini Maraví, STC 0209-2002-HC, Fundamento 2; Caso Bozzo Rotondo, STC 0376-2003-HC, Fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el Caso Villanueva Chirinos (STC 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:

"El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...)" (Fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137° del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo restringido. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculcado sometido a arresto domiciliario,

"(...) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenz Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)". (Informe: Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47° del Código Penal sobre arresto domiciliario. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con

mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una "identidad matemática" entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

"(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho

y de la actuación de los poderes públicos." (Caso Regalías Mineras, STC 0048-2004-AI, Fundamento 61).

El principio de igualdad proscribire la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un "contenido adicional" ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta "favorecida" la libertad en su nivel subjetivo.

27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en un grave error que generaría prelaciones absolutas entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, sólo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que éste pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no

desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

29. Para arribar a una respuesta satisfactoria ante tal interrogante, es preciso, primero, determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho. En segundo término, establecer si dichos fines deben ser considerados como bienes constitucionalmente protegidos. Y, finalmente, determinar si el precepto impugnado los ha afectado de modo desproporcionado, para lo cual será preciso acudir al test de proporcionalidad.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: "ojo por ojo, diente por diente".

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual

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

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad."

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

"(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado." (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

"Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional." (Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

36. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es

que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

"(...) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (...)."

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

"Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (...)."

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

"(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial." (Caso Antejudio Político. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el

Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

“Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...).”

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)”

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

“(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho

fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer "a toda costa" la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

"(...) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia" (Sentencia N.º 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

"que la función y el fin de la pena misma se agoten en la `esperada enmienda' del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de `disuación, prevención y defensa social'" (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

"Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias" (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

§ 10. Aplicación del test de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del test de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, prima facie, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.

45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado "día por día" con la pena privativa de libertad?

46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.

47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de

arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (Diario La República del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997,

"[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)"

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.

49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.

50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto

domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28568.

§11.Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la "fuerza de ley" atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204° de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103° de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83°, que:

"Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° (...) de la Constitución.(...)".

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138° de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

"(...) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales". (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. Sobre la retroactividad penal favorable. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y

asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

“(…) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103° de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

“(…) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...).”

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo balancing entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2°, y artículos 37° y 173° de la Constitución).

58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

“Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga ab initio las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha

medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente." (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41º de la Constitución que

"Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley".

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

"Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado".

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.

61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, supra, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial El Peruano, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

65. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar in suo ordine una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho.

§12. Relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control difuso

66. La jurisprudencia de este Colegiado es meridianamente clara al negar algún tipo de identidad sustancial entre los elementos justificatorios y los efectos personales del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (Cfr.

Fundamentos 19 a 21 supra). En consecuencia, estima conveniente recordar al Poder Judicial que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

"Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.

67. Finalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de las leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108° de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; máxime en aquellos asuntos relacionados con el diseño de la política criminal y legislativa del Estado orientada a enfrentar aquellos hechos delictivos que, como los actos de corrupción, afectan la estabilidad, la seguridad, la justicia y la paz ciudadanas en las que se sustenta todo Estado social y democrático de derecho.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase "y domiciliaria" del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, supra, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 supra, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial El Peruano, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal.
4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.
5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.
6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

Publíquese y notifíquese.



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. ¿Cuáles fueron las razones esenciales para la declaración de invalidez o inconstitucionalidad?

2. ¿Está de acuerdo con la decisión tomada?

3. ¿Cómo habría resuelto usted el caso a la luz de los conceptos de la presente unidad?

Tercer Caso

Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 0030-2005-PI/TC.

EXP. N.º 0030-2005-PI/TC

LIMA

MÁS DEL 25% DEL NÚMERO

LEGAL DE MIEMBROS DEL

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

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

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 35 Congresistas de la República.

Norma sometida a control: Ley N.º 28617.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

El derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación (artículo 2º, inciso 17); el derecho de los ciudadanos de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (artículo 31º); de ejercer sus derechos individualmente, o a través de organizaciones políticas, y que tales organizaciones concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular (artículo 35º); haber excedido de los requisitos previstos constitucionalmente para ser congresista (artículos 90º y 91º); el principio de que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176º); el derecho a que el escrutinio de los votos se realice en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio (artículo 85º); el sistema de representación proporcional de las elecciones pluripersonales (artículo 187º).

Petitorio:

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

III. NORMA CUESTIONADA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).

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

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

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución), pues establece condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90º (que establece que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91º (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).
- b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.
- c) La "barrera electoral" vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31º de

la Constitución), pues aún cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos.

- d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso.
- e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30° (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33° (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía).
- f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176° de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.
- g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.
- h) La modificación del artículo 87° de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

2. Contestación de la demanda

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

- a) La Ley dificulta a los partidos pequeños el acceso a las curules, fomenta las alianzas y coaliciones partidarias, y disuade la proliferación de pequeños partidos. Evita la dispersión electoral que debilita la gobernabilidad y la

estabilidad del sistema político nacional. Favorece el sistema de partidos políticos.

- b) No existe afectación del artículo 176º de la Constitución, pues lo que los demandantes entienden como "la expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía reflejada en las urnas", de ninguna manera puede entenderse como la adopción de una determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños. Corresponde al legislador, a través de las normas electorales, elegir o modificar los mecanismos, técnicas y métodos para convertir los votos en escaños, sin más límites que los que el marco constitucional ha dispuesto.
- c) No es cierto que la Ley priorice el interés de un partido político al interés del pueblo, porque lo que prioriza es la gobernabilidad y el desempeño adecuado del órgano parlamentario, representante de la voluntad popular.
- d) No solamente la Constitución establece los requisitos o condiciones para ser elegido congresista, sino que también lo hace, por encargo de ella misma (artículos 2º, inciso 17, y 31º), la LOE.
- e) Le corresponde a la ley y no a la Constitución —según establecen los artículos 2º, inciso 17; 31º; 176º, y 187º— definir la forma de convertir los votos en escaños. De manera tal que estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad, razón por la cual resulta errónea la afirmación de que la Ley incoada vulnere el derecho fundamental a elegir y ser elegido.
- f) En el hipotético y negado caso de que nos halláramos ante una excesiva intervención del Estado con respecto al derecho fundamental al sufragio, la norma no vulnera el principio de proporcionalidad, pues tiene un fin constitucional (reforzar el Estado democrático) y es una medida idónea para alcanzarlo. A lo que se agrega que el legislador debe disponer de libertad de apreciación de la realidad, a efectos de definir qué medida es necesaria en aras de alcanzar un determinado fin constitucional.
- g) Un gobierno democrático no se caracteriza únicamente por dotar de facultades efectivas a sus ciudadanos para ejercitar sus derechos fundamentales, como el de sufragio, sino que además debe contar con instituciones jurídicas que permitan hacer efectiva la democracia.
- h) El carácter personal del voto (artículo 31º de la Constitución), no es vulnerado por la "barrera electoral", pues dicha cualidad implica que éste sea ejercido por el ciudadano mismo sin representante alguno.
- i) No es cierto afirmar que los 120 parlamentarios electos son aquellos 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos, pues nuestro sistema electoral emplea el mecanismo de la cifra repartidora que, inevitablemente, lleva a que algunos miembros de un partido no lleguen al Parlamento pese a haber obtenido más votos preferenciales que los de otro partido.

- j) La Ley impugnada no niega el derecho de participación política de los ciudadanos, ni desconoce la importancia de los partidos políticos, sino que, por el contrario, reconociendo su gravitante finalidad (ser intermediarios entre la población y el Estado), les asigna un tratamiento complementario. Resulta de esencial importancia la consolidación de un sistema de partidos en el país, y para ello es necesario tomar medidas que atenúen la fragmentación y la polarización del mismo.
- k) Los partidos políticos deben tener presencia y organización nacional, motivo por el cual se les exige un mínimo de representación parlamentaria o votación a nivel nacional. Uno de los objetivos de la Ley cuestionada es, precisamente, no mantener vigente la inscripción de organizaciones políticas que no sean representativas y que no puedan cumplir con aquella labor esencial de ser canalizadoras de la voluntad popular. Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho privado, pero con una función pública. La existencia de numerosos grupos de representación pequeños imposibilita la consecución de los intereses e ideales de la Nación y de los ciudadanos que la conforman.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

1. Determinar el rol del principio democrático en el Estado social y democrático de derecho. Para tales efectos, deberán abordarse las siguientes materias:
 - 1.1 La democracia representativa.
 - 1.2 El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho.
 - 1.3 El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho.
2. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
 - 2.2 El derecho fundamental a ser elegido representante y la unidad de la Constitución.
 - 2.3 El derecho a ser elegido representante como derecho de configuración legal.
3. Determinar si la ley afecta el sistema de representación proporcional. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
 - 3.1 Principio de representación por mayoría.

3.2 Principio de representación proporcional.

3.3 Finalidad de la "barrera electoral".

4. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes.

5. Determinar si la ley vulnera la función constitucionalmente encomendada a los partidos políticos.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral—, por afectar los artículos 2º, inciso 17; 30º, 31º, 33º, 35º, 90º, 91º, 176º, 185º y 187º de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§2. Constitución y democracia.

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

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

2.1 La democracia representativa.

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

Fue el propio Rousseau quien, en su *Contrato Social*, sostuvo —bajo la premisa de que la soberanía del pueblo no podía ser representada (convencido de que ello devendría en su pérdida y la consecuente sumisión popular a la voluntad de los representantes)— que, dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que dada la complejidad del Estado moderno, es imposible que éste pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios elegidos para tal efecto, es simple ficción.

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

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

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

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

6. La democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43º (nuestro gobierno “es representativo”), el 93º (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110º y 111º (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191º y 194º (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.
7. Por su parte —como señala Pedro de Vega—, si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y ésta no es posible bajo la forma de mandato imperativo alguno, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema^[1]. Y por ello, si bien el artículo 93º de la Constitución dispone que los congresistas representan a la Nación, a renglón seguido prevé que

no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

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

8. Sin perjuicio de ello, nuestra Constitución ha consagrado también determinados mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31º de la Constitución), que – como se sustentará luego, y aunque resulte paradójico– son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa.
9. La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación racional y, en

suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44° de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho. Tales peligros son descritos a continuación.

10. Dejada de lado la idea de que en la sociedad reside una única verdad homogénea susceptible de ser descubierta por la razón, se comprende que, por el contrario, a la sociedad es inherente una fragmentación de distintas dimensiones, desencadenante, a su vez, de un pluralismo materializado en distintos ámbitos. De esta forma, a diferencia de lo que pudo haber concebido el primer liberalismo, puede afirmarse que a las sociedades contemporáneas no es inherente la uniformidad, sino, por el contrario, el pluralismo.

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

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

11. Bien puede decirse que hemos ingresado —hace tiempo ya— a un escenario de "democratización de la sociedad" en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad —no la verdad— hace la ley).

12. Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que "concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular", tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución. Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadio de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a efectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias.
13. Los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.

14. De esta manera, siendo el pluralismo y la democracia dos valores inherentes y consustanciales del Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que sean debidamente articulados, pues de ello depende la gobernabilidad en el sistema representativo. Por ello, con razón manifiesta se ha afirmado que

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

15. El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho.

La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático”^[4], en la medida que

[e]l poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es

discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna^[5].

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

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

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

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

19. El artículo 43° establece que la República del Perú "es democrática". La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el "gobierno del pueblo", mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la *juridificación* de la democracia^[7]. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho

político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad.

20. Lo expuesto, desde luego, no significa que en el Estado social y democrático de derecho exista algún soberano. Por el contrario, como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado,

[u]na vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.^[8]

Ocorre, sin embargo, que siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquélla su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. Ello ha llevado a Rubio Llorente a sostener, con atino que

[n]o hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional.^[9]

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

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

Por ello el artículo 44º establece como uno de los deberes primordiales del Estado

[g]arantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Y por esa misma razón se ha sostenido que

[e]n realidad, (...) no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una forma de asegurarla.^[10]

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

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

22. Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal^[11], el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[e]xiste una manifiesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el texto legal, en tanto la Constitución ha establecido los parámetros dentro de los cuales cualquier ciudadano puede ocupar el cargo de Congresista (...). El hecho de condicionar el acceso al cargo de Congresista, a un mínimo de representantes de un partido político (...) vulnera directamente los artículos constitucionales reseñados, ya que la Constitución, en ningún ámbito, señala que es impedimento para ocupar un escaño congresal la participación porcentual de un partido político en el resultado de las elecciones. (...). Así las cosas, el condicionamiento apuntado excede categóricamente los límites que ha establecido la Constitución para ser elegido Congresista, porque vulnera directamente el derecho de todo ciudadano a ser elegido representante y a la vez, establece requisitos que sobrepasan los límites establecidos en la Constitución para alcanzar un escaño del Congreso. (...).

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

En efecto, en primer término, los demandantes pretenden determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser elegido congresista a partir de un análisis positivista y aislado de los artículos 90º y 91º de la Constitución, en los que se establecen determinadas condiciones para

acceder al cargo. Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal, la Constitución del Estado no puede ser concebida como una suma desarticulada y atomizada de disposiciones, sino como una unidad. En palabras de este Tribunal,

[l]a interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un `todo´ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.^[14]

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

En dicha línea de razonamiento, cuando el Tribunal Constitucional ha debido precisar el concepto de "sustento constitucional directo", que, de conformidad con el artículo 38° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debe caracterizar a los derechos que merecen protección a través del proceso constitucional de amparo, ha sostenido lo siguiente:

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

De ahí que el artículo 79° del CPConst., establezca que

"[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales,

las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.^[15]

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

- a) Las condiciones previstas en la propia Constitución para ocupar un escaño en el Congreso no se agotan en aquellas previstas en los artículos 90° y 93°. En efecto, considerando que la elección al Congreso es pluripersonal —además de una de las manifestaciones vitales como se institucionaliza la democracia representativa—, el acceso al cargo se encuentra condicionado, también, por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187° de la Constitución, y por la necesaria pertenencia a un partido o movimiento político para poder participar en la contienda electoral (artículo 35°), pues —tal como se mencionó— sólo por vía de la pertenencia a estas organizaciones políticas es posible institucionalizar la fragmentaria configuración de los intereses al interior de la sociedad.
- b) El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no sólo porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, sino también porque el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo. En otras palabras, por voluntad del propio constituyente, la ley (orgánica) no sólo *puede*, sino que *debe* culminar la delimitación del

contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista.

Desde luego, que el referido derecho fundamental sea de configuración legal, no implica que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan sólo, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación.

28. Estas premisas son de singular relevancia a efectos de evaluar la constitucionalidad de la Ley impugnada, motivo por el cual corresponde ahora ingresar en la evaluación de los alcances del artículo 187° de la Constitución que exige que las elecciones pluripersonales se rijan por el principio de representación proporcional, y las implicancias generadas por el hecho de que el derecho fundamental a ser elegido representante sea de configuración legal.

§4. El sistema electoral de representación proporcional

29. Dependiendo de los alcances, amplios o restringidos, que se pretenda dar al concepto de sistema electoral, este puede convertirse, en un extremo, en sinónimo de "Derecho electoral", con lo cual haría alusión a todos los aspectos relevantes relacionados con la materia electoral (órganos electorales, proceso electoral, mecanismos de elección, modalidades de sufragio, etc.). A este concepto amplio hace alusión el artículo 176° de la Constitución cuando refiere que

[e]l sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

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

Pero desde una óptica más restringida, que es la que interesa ahora destacar, el sistema electoral es concebido como

[e]l modo según el cual el elector manifiesta por medio del voto el partido o candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños.^[16]

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

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

Cierto es que difícilmente en los distintos ordenamientos electorales encontraremos alguna de estas fórmulas en estado “puro”. Usualmente, se suelen presentar ciertos rasgos del sistema proporcional en sistemas predominantemente mayoritarios y viceversa. Sin embargo, como bien afirma Dieter Nohlen, aún cuando los sistemas electorales combinen elementos técnicos que a menudo se encuentran en sistemas mayoritarios (por ejemplo, circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o fórmula de decisión mayoritaria) con elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales (circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o fórmula de decisión proporcional), el sistema electoral en su conjunto sólo puede asignarse a uno de los principios de representación: la representación por mayoría o la representación proporcional^[17].

31. Como quedó dicho, el artículo 187° de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales —como lo es la elección al Congreso— se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De este modo, en criterio del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley cuestionada (en cuanto modifica el artículo 20° de la LOE, estableciendo la “barrera electoral”) sólo podría verificarse en el caso de que: a) desvirtúe el principio de representación proporcional previsto en el artículo 187° de la Constitución, o b) carezca de finalidad constitucionalmente válida.

32. La regulación concreta del sistema proporcional puede variar dependiendo de distintos factores, como por ejemplo, la fórmula de cálculo utilizada. Así, el método D'Hondt y el de la cifra repartidora (que se fundamenta en el método de D'Hondt), buscan fortalecer a los partidos o agrupaciones que hayan obtenido mayor votación. El método Saint Lague, favorece a los partidos de menor representatividad. Y el método Hare o de cuociente electoral, favorece a los partidos situados entre ambos extremos. Todos, sin embargo, respetan el principio de representación proporcional, por lo que resultan plenamente constitucionales.

33. El artículo 30º de la LOE ha recogido la fórmula de la cifra repartidora. En efecto, dicho artículo establece:

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

a) Se determina el número de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos;

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

c) Los cuocientes parciales obtenidos son colocados en orden sucesivo de mayor a menor, hasta tener un número de cuocientes igual al número de los Congresistas por elegir; el cuociente que ocupe el último lugar constituye la Cifra Repartidora;

d) El total de votos válidos de cada lista se divide entre la Cifra Repartidora, para establecer el número de Congresistas que corresponda a cada una de ellas;

e) El número de Congresistas de cada lista está definido por la parte entera del cuociente obtenido a que se refiere el inciso anterior. En caso de no alcanzarse el número total de Congresistas previstos, se adiciona la unidad a quien tenga mayor parte decimal ; y,

f) El caso de empate se decide por sorteo entre los que hubieran obtenido igual votación.

34. Corresponde entonces preguntarse si la "barrera electoral" establecida en el artículo 1º de la Ley cuestionada, desvirtúa la regla de la representación proporcional que, de conformidad con el artículo 187º de la Constitución, ha sido regulada en el artículo 30º de la LOE.

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

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

Es por ello que, con relación a una supuesta identidad entre el sistema de representación proporcionalidad y un sistema de correspondencias proporcionales exactas, o lo que podría denominarse un sistema "puro" de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español ha señalado, en criterio que este Colegiado comparte plenamente, que

[s]i con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado en parte alguna, ni acaso en sistema imaginable. La proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su

aplicación, implica necesariamente un recorte a esa “pureza” de la proporcionalidad abstractamente considerada.^[18]

35. Así las cosas, siendo que la “barrera electoral” en modo alguno puede considerarse, en sí misma, contraria al sistema de representación proporcional, sino simplemente una variante más de dicho sistema, queda tan sólo por analizar si ella se encuentra orientada a cumplir fines constitucionalmente válidos.
36. En criterio de este Colegiado, el establecimiento de una “barrera electoral” resulta plenamente compatible con la Carta Fundamental, pues se encuentra orientada a:
- A) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35º; es decir, “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular”, institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. En efecto, en criterio de este Tribunal, el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.
 - B) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que —vía competencia, articulación e interacción— cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político.
El sistema de partidos es parte de la *vis externa* del “funcionamiento democrático”, que les exige el artículo 35º de la Constitución, frente a la *vis interna* de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.
 - C) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, pues, según quedó expuesto en los Fundamentos 4 a 18 *supra*, todos ellos son elementos vitales para la

estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45° de la Constitución.

- D) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.

37. En consecuencia, establecida la compatibilidad de la "barrera electoral" con el sistema de representación proporcional, y atendiendo a la validez constitucional de las finalidades por ella perseguidas, este Tribunal Constitucional considera que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 1° de la Ley N.º 28617, en el extremo que, modificando el artículo 20° de la Ley N.º 28617, establece que para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República, se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional.

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

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

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

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

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

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

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

42. A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

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

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

de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

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

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

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

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

47. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1º de su Ley Orgánica —Ley N.º 28301— y el artículo 1º del Reglamento Normativo del TC. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138º de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el

Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones *ex novo* del legislador del CPConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138º, 201º y 203º de la Constitución.

48. Desde luego, cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2º, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).
49. De esta manera, deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200º) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38º, 45º y 51º), y, de otro, el equilibrio necesario a efectos de impedir que los otros órganos constitucionales —en especial, el Congreso de la República—, se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su producción normativa.

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

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

todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°).

52. Dado que el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201°, 202° de la Constitución y 1° de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201° de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.
53. Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

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

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

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribe todo tipo de discriminación, en su artículo 200º *in fine*, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51º, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

55. Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90º y 102º 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104º) o decretos de urgencia (artículo 188º, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138º, 201º, 202º, inciso 1, y 204º, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38º y 45º de la Constitución).
56. De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45º, que exige a este Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103º de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74º) y penal (artículo 103º).

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

5.5 Los límites de las sentencias interpretativas

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la

Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de la Ley N.º 28301 — Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

- a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.
- b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.
- c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple

declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

- d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

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

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

- 62. Sin perjuicio de lo dicho en el punto §4 de esta sentencia, dado que los recurrentes han considerado que el referido extremo del artículo 1º de la Ley cuestionada vulnera también el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes (artículo 31º de la Constitución), este Tribunal considera necesario ocuparse sobre determinados alcances del referido derecho.
- 63. El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31º de la Constitución), y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30º de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33º de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto.
- 64. De conformidad con el artículo 31º de la Constitución, el derecho de voto goza de las siguientes garantías inherentes a la delimitación de su contenido protegido:

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

Los demandantes han alegado que dado que el derecho de sufragio

[t]iene **naturaleza personal**, no [es] posible (...) que un derecho con tales alcances pueda convivir con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político del Congreso. (sic).

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

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

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

- c) Es libre: Esta característica del derecho de voto merece un análisis conjunto con su obligatoriedad hasta los setenta años. La libertad inherente al derecho de voto debe ser comprendida en el sentido de que a nadie pueda conminarse a que se manifieste en un determinado sentido, de manera tal que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima, "espontánea" (artículo 176º) y responsable entre las distintas opciones posibles. La "decisión", consiguientemente, jamás puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia (artículo 2º, inciso 3) ni menos aún sobre la integridad física, psicológica o moral (artículo 2º, inciso 1).

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

- d) Es secreto: Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Este componente del derecho al voto deriva, a su vez, del derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas (artículo 2º, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea.

65. Pues bien, expuestos así los ámbitos protegidos por el derecho fundamental de todo ciudadano a elegir a sus representantes, resulta evidente que el artículo 1º de la Ley impugnada, al establecer la "barrera electoral", no resulta contrario a este derecho. En efecto, dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún, exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar.

66. Los demandantes justifican así la razón por la que consideran afectado el referido derecho fundamental:

[e]l condicionamiento porcentual para acceder a un escaño del Congreso, contraviene manifiestamente el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, ya que aún cuando el candidato obtenga un determinado número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos con mayor cantidad de votos para las elecciones al Congreso de la República, ello no lo hace merecedor del cargo de congresista, sino que su acceso está supeditado al resultado del porcentaje de representantes de su partido político, con lo cual, de no alcanzarse el porcentaje recogido en la ley, el candidato perdería la curul que legítimamente obtuvo, en tanto su elección es el reflejo de la voluntad popular, que parte precisamente del derecho constitucional de los ciudadanos de poder elegir a sus representantes.

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

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

68. Por otra parte, los demandantes también han cuestionado la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.º 26859, en el extremo que, modificando el artículo 87° de la LOE, dispone que

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

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

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

69. Sobre el particular, los demandantes sostienen que resultan inconstitucionales los artículos citados, pues con ellos

[s]e evidencia el verdadero objetivo de la ley de modificación: la cancelación de las inscripciones de los partidos políticos que constituyen la minoría. Es decir, se afecta directamente el Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que, a fin de cuentas lo que se pretende, de forma manifiesta y expresa, es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

70. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, resulta evidente que los reseñados artículos se encuentran orientados a cumplir similares finalidades a las que cumple la "barrera electoral", puesto que aún cuando la democracia exija un gobierno de las mayorías con pleno respeto de los derechos fundamentales de las minorías, tales minorías y, en concreto, las minorías partidarias, sólo pueden ser consideradas relevantes en la formación y manifestación de la voluntad general que permita la gobernabilidad y el consenso (artículo 35° de la Constitución) en la medida de que gocen de un mínimo de institucionalidad representativa, y la ausencia de ello queda evidenciado cuando no se tiene representación parlamentaria, o se tiene una representatividad ínfima a nivel nacional.
71. Es por ese mismo motivo que la inscripción de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas en el Perú siempre se ha encontrado sujeta a cumplir con una determinada cantidad de firmas de adherentes^[19].
72. Por lo demás, la norma resulta acorde con el principio de proporcionalidad (artículo 200° de la Constitución), en la medida de que otorga al partido el plazo de un año para reestructurar sus bases y adoptar las medidas necesarias para poder lograr a futuro una representatividad institucional que justifique su presencia en el escenario del consenso político.
73. Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional considera plenamente constitucionales los extremos impugnados de los artículos 1° y 2° de la Ley N.º 28617; y, consecuentemente, dada su esencial vinculación con la Disposición Transitoria Única de la misma Ley (a la que se hizo alusión en el Fundamento 2 *supra*), este Colegiado también considera constitucional dicha disposición.

-

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. ¿Cuáles fueron las razones esenciales para la declaración de invalidez o inconstitucionalidad?

2. ¿Está de acuerdo con la decisión tomada?

3. ¿Cómo habría resuelto usted el caso a la luz de los conceptos de la presente unidad?



CASOS SUGERIDOS

UNIDAD IV: LAGUNAS Y ANTINOMIAS

- Caso 1: Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 004-2004-CC/TC-LIMA-PODER JUDICIAL.
- Caso 2: CASO SORENSON.
- Caso 3: Fallo Expedido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso “La Última Tentación de Cristo” (OLMEDO BUSTOS Y OTROS) VS. CHILE.

Primer Caso

Fallo expedido por el TC en el Exp. N.º 004-2004-CC/TC-LIMA-
PODER JUDICIAL.

EXP. N.º 004-2004-CC/TC-LIMA-PODER JUDICIAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 31 días del mes de diciembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Alva Orlandini, Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda

ASUNTO

Demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de octubre de 2004, el Poder Judicial interpone demanda de conflicto de competencia contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste ha invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el "Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005" al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145º de la Constitución.

Manifiesta que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con fecha 15 de julio de 2004, aprobó el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para el año fiscal 2005 con dos componentes: a) el presupuesto realizado según las especificaciones de la Directiva N.º 011-2004-EF/76.01, por 638,595,000.00 nuevos soles y b) una demanda adicional de recursos financieros necesarios para atender otros gastos institucionales, ascendentes a la suma de 354,407,826 nuevos soles; que, con fecha 26 de agosto de 2004, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial confirmó la aprobación del referido presupuesto, que ascendió a 993,002,826 nuevos soles; y que, el 27 de agosto de 2004, el Poder Judicial solicitó al Presidente del Consejo de Ministros que remita dicho presupuesto al Congreso de la República.

Asimismo refiere que, el 30 de agosto de 2004, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" (P/L N.º 11290/2004-PE), en el cual, atribuyéndose una competencia que no le corresponde, decidió no incluir el proyecto presentado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reemplazándolo por un proyecto distinto, ascendente a 645,306,905.00 nuevos soles.

Por otro lado, argumenta que el artículo 145º de la Constitución Política vigente estipula que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y sustentarlo ante el Congreso de la República; que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite; y que la cuestionable atribución de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que el Poder Judicial tenga que sustentar ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.

Añade que, por obra de la sustitución realizada por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial se encuentra impedido de ejercer su competencia constitucional consistente en sustentar ante el Congreso de la República su proyecto de presupuesto que asciende a la suma de 993,002,826 nuevos soles. Del mismo modo, expresa que, a diferencia de lo establecido por los artículos 160.º, 162.º y 178.º de la Constitución, el Poder Judicial no se encuentra obligado a sustentar su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo; y que la invasión de la competencia del Poder Judicial significa un agravio a la independencia del Poder Judicial por parte de otro Poder del Estado.

En atención a las consideraciones expuestas, el Poder Judicial solicita al Tribunal Constitucional lo siguiente: a) que reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo; b) que reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo; c) que determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial; d) que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial consignada en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República; y e) que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005", del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió éste al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.

Por su parte, el Poder Ejecutivo contesta la demanda expresando que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial, ya que la propuesta del Poder Judicial para que el proyecto de su presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso, no fue acogido en la Constitución de 1993. Sostiene que en

ningún momento del debate en las sesiones plenarias del Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones.

Afirma que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002, el Poder Judicial insiste nuevamente con la propuesta de que su proyecto de presupuesto sea incorporado en sus propios términos en el proyecto de presupuesto del sector público; que la propuesta de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) es bastante semejante a las propuestas presentadas por el Poder Judicial en 1993 y en el año 2002; que estas propuestas, todas similares, prueban que las mismas no fueron recogidas en la Constitución de 1993; y que la actual inexistencia de tal intangibilidad prueba que la Constitución de 1993 no obliga al Poder Ejecutivo a incluir, en sus propios términos, el proyecto de presupuesto del Poder Judicial en el Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público.

Afirma que el Poder Judicial hace una interpretación aislada del artículo 145.º de la Constitución, ya que no toma en cuenta los artículos 77.º, 78.º y 80.º de la misma; que estas normas establecen que corresponde al Presidente de la República enviar al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto, al Ministro de Economía y Finanzas sustentar el pliego de ingresos, que el Presupuesto asigna equitativamente los fondos públicos, y que su programación y ejecución se sujeta a criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.

Argumenta, asimismo, que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público; y que las razones de tal afirmación no sólo se amparan en fundamentos históricos, como por ejemplo que las Constituciones de 1823, 1828, 1834, 1920 y 1979 le confieren tal primacía en materia presupuestaria, sino porque el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado que utiliza el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y el equilibrio presupuestario.

Del mismo modo, manifiesta que la exclusividad de que goza en la programación y formulación del presupuesto responde a fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana, expresados en los siguientes principios reconocidos en la Constitución: administración común de recursos públicos y anualidad (artículo 77.º); anticipación (artículo 80.º); competencia (artículos 102º, inciso 4 y 108º, inciso 17); equilibrio presupuestal (artículo 78º tercer párrafo); especificación (artículo 79.º); especialidad temática (artículo 74.º tercer párrafo); justicia presupuestaria (artículo 77.º segundo párrafo) progresividad de exigencias onerosas (undécima disposición final y transitoria); unidad (artículos 77.º y 192.º); reserva de deuda pública especial (artículo 78.º); y garantía de pago de deuda externa regular (artículo 75.º y 78.º); y que, asimismo, dicha exclusividad se basa en normas legales vigentes. Por tanto, afirma, de la lectura integral y no aislada de los artículos citados se puede colegir que recae en el Poder Ejecutivo la responsabilidad constitucional de presentar el presupuesto al Congreso de la República, a efectos de que éste se encuentre equilibrado.

Por otro lado, alega que la demanda pretende cuestionar un proyecto de ley, situación no prevista por nuestro sistema constitucional, ya que no existe norma alguna que consagre procesos constitucionales dirigidos a proyectos de leyes; y que en un conflicto de competencias no cabe cuestionar una norma o proyecto con rango de ley, ni mucho menos declarar la nulidad de una parte de esta norma, como pretende el demandante.

Por las consideraciones expuestas, el Poder Ejecutivo solicita que el Tribunal Constitucional declare: a) que el Poder Ejecutivo es competente para presentar ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público, empleando en su elaboración criterios de sostenibilidad y coherencia en el gasto público; b) que el Poder Judicial es competente para elaborar su proyecto de presupuesto y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación en la Ley Anual de Presupuesto; y c) que no existe conflicto alguno de competencias debido a que el Poder Ejecutivo ha respetado el marco constitucional y la legislación vigente que, sobre materia presupuestaria, se encuentra vigente.

FUNDAMENTOS

1. De manera previa al análisis de fondo sobre el conflicto de competencia que ahora toca resolver, este Colegiado considera conveniente fijar su posición acerca de cuatro temas relevantes en materia constitucional y que se derivan del caso. A saber, la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional, la naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto, los principios constitucionales en materia presupuestaria y las características del presupuesto.

I.- La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

2. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas. Veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

- a) Las sentencias de especie se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente "declarativa", ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.
- b) Las sentencias de principio son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los Exps. N.º 0008-2003-AI/TC y N.º 018-2003-

AI/TC, que llamaremos "instructivas", y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

A. Las sentencias estimativas

3. Las sentencias estimativas son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

3.1. Las sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "normas nuevas", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

- El principio de conservación de la ley. Mediante este axioma se exige al juez constitucional "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

- El principio de interpretación desde la constitución. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los “huecos normativos” emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

3.3.1 Las sentencias reductoras: Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

3.3.2. Las sentencias aditivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario "ampliar" o "extender" su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.

El contenido de lo "adicionado" surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

3.3.3. Las sentencias sustitutivas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional-, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

3.3.4. Las sentencias exhortativas: Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Asimismo, este Tribunal ha emitido en múltiples procesos constitucionales sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriormente descritas, no tiene efectos vinculantes.

Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, *strictu sensu*, que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos, se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Al respecto, deben mencionarse las sentencias emitidas en los Expedientes Acumulados N.ºs 001/003-2003-AI/TC, en donde se exhorta al Poder Ejecutivo para que, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 27755; o la sentencia del Expediente N.º 022-2003-AI/TC, en donde se exhorta a la autoridad competente y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102.º, inciso 7.º de la Constitución y a las normas de desarrollo, le corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente en lo que respecta a la controversia suscitada por los límites territoriales de la Isla Lobos de tierras, que genera un conflicto entre los gobiernos regionales de Lambayeque y Piura.

3.3.5. Las sentencias estipulativas: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para

analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

B. Las sentencias desestimativas

4. Las sentencias desestimativas son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

4.1 La desestimación por rechazo simple: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

4.2. La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de “acuerdo” con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

II. La naturaleza de la Ley Anual de Presupuesto

5. La Ley Anual de Presupuesto es el instrumento legal mediante el cual el sector público periódicamente programa sus actividades y proyectos en atención a sus metas y objetivos. En ese sentido, tal como lo establece el artículo 77° de la Constitución, la administración económica y financiera del Estado se rige por la Ley de Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República. En contraposición a las prácticas de las monarquías absolutistas en donde existía la política de perpetuidad de las contribuciones, pues se tenía garantizada la obtención de fondos sin tener que renovar las convocatorias a los entes de naturaleza parlamentaria de la época, la adopción estatalista de las ideas liberales en el siglo XIX origina la imposición de un régimen de temporalidad de los fondos y la previa aprobación democrática del gasto.

6. Al respecto, José Roberto Dromí [Constitución, Gobierno y Control: En Presupuesto y cuenta de inversión, instrumentos de gobierno y control. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, pág. 200] expresa que: "el presupuesto es una manifestación más del control jurídico-político del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, como corolario del sometimiento de la actividad financiera del Estado al imperio de la ley, propio de todo Estado de Derecho, y como expresión de la Teoría de la separación de poderes". Por su parte, Licciardo Cayetano [La función del presupuesto en el Estado Moderno. Argentina: Departamento de Ciencias Económicas, Jurídicas y Social de la Universidad de Salta, 1980, pág. 103] expone que: "El presupuesto es una institución fundamental para la forma republicana de gobierno, porque nace junto con el derecho del pueblo a saber lo que el gobierno hace".
7. En esa perspectiva, los fines de la actividad presupuestal pueden resumirse en los cuatro siguientes:
 - a) Facilitar el conocimiento y control político-parlamentario del programa económico del Ejecutivo.
 - b) Coadyuvar a la ejecución eficiente y a la fiscalización administrativo-financiera por parte de la Contraloría General de la República.
 - c) Prever los posibles efectos económicos y sociales de los programas de ingresos y gastos fiscales durante un ejercicio presupuestal.
 - d) Interpretar, a través de los programas de obras, servicios y cometidos, el sentido de la noción bien común.
8. Consideramos que el Presupuesto como institución básica del derecho público, debe entenderse a la luz de las cuatro perspectivas siguientes:

8.1. Perspectiva política

El presupuesto es un instrumento clave en el desenvolvimiento de las funciones de gobierno y control. En el ámbito gubernativo expresa la decisión legislativa relativa al financiamiento de la orientación de la política económica y la aprobación del programa detallado de la ejecución o realización de obras, servicios y cometidos (actividades) estatales. En suma, como bien advierte Domingo García Belaúnde Saldías [El Derecho Presupuestario en el Perú. Lima: Luis Alfredo Ediciones, 1998, pág. 115]: "El presupuesto es una herramienta de acción política".

En el ámbito contralor expresa una autorización legislativa limitativa del Ejecutivo que facilita la fiscalización del Legislativo y de la Contraloría General de la República, relativa a la ejecución de la política económica y, particularmente, de la habilitación de las competencias para la realización de los gastos e inversiones públicas.

Dicha acción contralora se presenta de manera dual: precautoriamente, mediante la autorización del gasto vía la

aprobación de la Ley Anual de Presupuesto, y ulteriormente, mediante el examen de la Cuenta General de la República.

8.2. Perspectiva económica

El presupuesto es un instrumento insoslayable para la aplicación de la política económica. En efecto, como exponen Ricardo Cibelti y Enrique Sierra [El sector público en la planificación del desarrollo. México: Siglo XXI, 1976, pág. 232] su existencia prevé y guía la conducta de los agentes económicos.

8.3. Perspectiva administrativa

El presupuesto es concurrentemente, *ab initio*, un instrumento contable de previsión y, *ex post*, un texto confrontativo que establece un balance de resultados de la gestión gubernamental durante un determinado lapso.

8.4. Perspectiva jurídica

El presupuesto emana de un acto legislativo que otorga eficacia y valor jurídico a la política económica. El presupuesto surge de la acción parlamentaria en una ley con trámite diferenciado, debido a su naturaleza especial y a la importancia que tiene *per se*; además de tener una vigencia limitada y predeterminada con una función específica y constitucionalmente diferida. Dado su carácter jurídico, se presenta como la condición legal necesaria para que el Ejecutivo ejerza algunas de sus competencias.

En suma, el presupuesto se configura como una ley en su cabal sentido, ya que, a pesar de provenir de una iniciativa ajena al Parlamento, éste, después de la correspondiente discusión, puede modificar total o parcialmente el proyecto presentado por el Ejecutivo.

Restringiendo la temática presupuestal a lo político y jurídico, cabe señalar que la decisión parlamentaria es simultáneamente de previsión y autorización.

Será previsional cuando se enumeran los ingresos fiscales del Estado y se valoran comparativamente con los gastos fiscales a realizarse dentro del período presupuestal.

Será autoritativa cuando fija el alcance de las competencias del Ejecutivo en materia económico-administrativa de acuerdo a tres factores: El temporal (anualidad), el cualitativo (especificidad y finalidad de la materia presupuestal) y el cuantitativo (monto máximo a gastar).

III. Los principios constitucionales presupuestarios

9. La actividad presupuestal se rige por los once principios siguientes:

9.1. Principio de legalidad

Previsto en el artículo 78.º de la Constitución, que establece una reserva de ley respecto al instrumento normativo viabilizador de su vigencia; ello implica que sólo mediante un dispositivo de dicho rango se puede aprobar o autorizar la captación de los ingresos fiscales y efectuar los gastos de la misma naturaleza. Por consiguiente, sin la previa existencia de una Ley de Presupuesto, es jurídicamente imposible proceder a la ejecución presupuestal.

Este principio dispone, adicionalmente, que la elaboración y aprobación del presupuesto está condicionado a requisitos de forma y tiempo que no pueden ser inobservados.

9.2. Principio de competencia

Previsto en los artículos 78.º, 79.º, 80.º, 160.º y 162.º de la Constitución, y en la Tercera Disposición Final de la Ley N.º 28301, que delimita la esfera de actuación y funciones de las instituciones del Estado en el inicio del proceso que culmina con la promulgación de la Ley de Presupuesto.

Juan Carlos Morón Urbina [Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. En Themis, N.º 39, PUCP, 1999, pág. 157] acota que dicho principio: “constituye la división formal de atribuciones excluyentes en aspectos presupuestales (...)”.

9.3. Principio de justicia presupuestaria

Contemplado en los artículos 16.º y 77.º de la Constitución, que establece que la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal.

9.4. Principio de equilibrio financiero

Previsto en el artículo 78.º de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país.

9.5. Principio de unidad

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, que establece que el presupuesto debe incluir la totalidad de los recursos y gastos considerados para un ejercicio presupuestal dentro de un solo y único texto normativo.

Maurice Duverger [Hacienda Pública, Barcelona: Bosch, 1968, págs. 227-228] expone que dicho principio descansa en dos razones fundamentales: la financiera y la política. La primera consiste en percibir el presupuesto como una regla de orden y claridad que traduzca un genuino y auténtico

estado de la situación financiera del país; y, por ende, que refleje la realidad de la obtención de los recursos públicos y su aplicación o gasto. De allí que se proscriba la multiplicación de los presupuestos y las cuentas singulares, ya que impediría tener una visión global más clara de los ingresos y gastos públicos. La razón política consiste en señalar que la unidad acrecienta la eficiencia y la eficacia para el control que sobre el parlamento ejerce la Contraloría General de la República.

9.6. Principio de exactitud

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, y que impone consignar la totalidad de los recursos y gastos fiscales en atención al verdadero y real rendimiento de las fuentes de percepción de renta estatal, constituyéndose en la descripción cabal de las funciones y servicios que efectuará el órgano ejecutivo en su condición de responsable de la administración.

9.7. Principio de anticipación

Previsto en los artículos 78.º y 80.º de la Constitución, que presupone la obligación de que la Ley de Presupuesto sea aprobada con anterioridad a su ejecución, y que, para ello, el Estado programe financiera y administrativamente sus actividades y proyectos, en atención a determinadas y preestablecidas metas y proyectos.

9.8. Principio de anualidad

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, y por el cual la ejecución presupuestal debe realizarse dentro de un plazo preciso, determinado y extinguido de un año calendario; es decir, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre. Domingo García Belaúnde Saldías [ob. cit., pág. 142] expresa que "La Ley de Presupuesto tiene como carácter distintivo de otras normas su vigencia determinada (...). Así, para el principio de anualidad, se entiende que el presupuesto prevé los recursos y los gastos de un año, a cuyo término la ley pierde su vigencia". Dicho plazo se justifica porque las situaciones financieras son variables en el tiempo.

9.9. Principio de programación

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, que señala la obligatoriedad de la determinación de las metas previstas del gasto público para el desarrollo nacional. Dicho principio supone la necesidad de exponer las políticas de acción gubernamental que deberán ejecutar las entidades públicas en cada ejercicio presupuestal. La programación presupuestal conlleva un proceso permanente de raciocinio, proyección y previsión, que permite el establecimiento de determinadas metas gubernamentales que obligan necesariamente a la asignación de recursos económicos.

9.10. Principio de estructuración

Previsto en el artículo 77.º de la Constitución, que establece que la configuración de la Ley del Presupuesto se sujeta a dos ámbitos: el gobierno

central y las instancias descentralizadas que comprenden el universo de órganos y organismos dotados de autonomía (Banco Central de Reserva, Tribunal Constitucional, etc.).

9.11. Principio de no afectación

Previsto en el artículo 79.º de la Constitución, que señala como regla general que los recursos del Estado deben formar una única argamasa económica, tornando indistinguible el origen de su procedencia a fin de que sean utilizados para cubrir la totalidad de los gastos. La verificación práctica de dicho principio comporta el impedimento de que determinados ingresos fiscales sean empleados para cubrir gastos específicos.

Al respecto, Maurice Duverger [ob. cit., pág 88] comenta que: “(...) la no afectación impide las relaciones jurídicas entre ingresos y gastos”. Por excepción, dicho principio puede ser inaplicable cuando exista una solicitud del Poder Ejecutivo, a fin de que el Congreso apruebe un tributo con un fin predeterminado.

IV. Características del presupuesto

10. Finalmente, debe considerarse que entre las principales características que presenta la Ley General de Presupuesto, se cuentan las siguientes:

- a) Es un acto de previsión y ordenamiento, destinado a regular la función administrativa y financiera del Estado.
- b) Es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial.
- c) Tiene un plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público (un año).
- d) La existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, existen medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida.
- e) La programación y ejecución es concordante con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización.

V. Análisis del caso concreto

11. En relación al petitorio de la presente acción, los demandantes han solicitado en el presente conflicto de competencia lo siguiente:

- a) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo,.
- b) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo.

- c) Que se determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial.
 - d) Que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.
 - e) Que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005", del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004.
12. Como lo señalamos en nuestra resolución del 10 de noviembre de 2004, recaída en la solicitud de medida cautelar presentada por el Poder Judicial en el presente proceso, la contienda de competencia planteada por el Poder Judicial ingresó al Tribunal Constitucional en la tarde del jueves 21 de octubre de 2004 y fue admitida a trámite el 25 del mismo mes y año, corriéndose traslado al Presidente del Consejo de Ministros, para su respectiva contestación, por el plazo legal de treinta días hábiles que vencía en fecha posterior a la de remisión de la autógrafa de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005 al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución, esto es, el 30 de noviembre de 2004. Por tanto, la demanda se presentó cuando el trámite para la aprobación de la referida Ley de Presupuesto había comenzado. Del mismo modo, la contestación de la demanda se efectuó el 9 de diciembre de 2004, cuando dicho proyecto de ley ya había sido aprobado y su autógrafa había sido remitida al Presidente de la República, para su promulgación. El 21 de diciembre de 2004, mediante la Ley N.º 28427, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2005.
13. Por tanto, respecto de los dos últimos puntos del petitorio –señalados en los literales d) y e) del Fundamento N.º 11, *supra*– ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, el hecho de que se haya aprobado la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2005, bajo el supuesto de que el Poder Ejecutivo fijó un tope para el presupuesto del Poder Judicial, no impide que este Tribunal Constitucional conozca sobre el fondo del conflicto, porque la demanda del Poder Judicial cuestiona con carácter general la decisión del Poder Ejecutivo, durante los últimos años, de determinar el presupuesto del Poder Judicial que, en opinión del demandante, afecta la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución para presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, y sustentarlo ante el Congreso de la República. En consecuencia, este Tribunal Constitucional sólo se pronunciará sobre los tres primeros puntos del petitorio.

VI. El artículo 145º de la Constitución y la competencia en controversia

14. El artículo 145° de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso.
15. El demandante alega que el ejercicio de esta competencia requiere que el Poder Ejecutivo incluya en el proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público el proyecto de presupuesto que el Poder Judicial le remite. Añadiendo que el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda variar el proyecto del Poder Judicial y presentar al Congreso uno sustituto, conduciría al absurdo de que, en su oportunidad, el Poder Judicial sustente ante el Congreso de la República un proyecto ajeno.
16. Por su parte, el Poder Ejecutivo ha sostenido que no existe norma constitucional que consagre el principio de autonomía presupuestaria del Poder Judicial. En consecuencia, niega que el artículo 145.° de la Constitución consagre la competencia aducida por el Poder Judicial. Para fundamentar dicha tesis afirma que durante los últimos años el Poder Judicial ha tenido la aspiración de que su proyecto de presupuesto sea incluido sin modificaciones por el Poder Ejecutivo en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público que se envía al Congreso. Añade que en ningún momento del debate en el Congreso Constituyente Democrático se aceptó la propuesta presentada por el Poder Judicial de que su presupuesto sea enviado al Congreso sin modificaciones, de manera que tal planteamiento no fue acogido en la Constitución de 1993.
17. Del mismo modo, sostienen que en el proyecto de reforma constitucional del año 2002 el Poder Judicial insistió nuevamente con la propuesta de que su proyecto de presupuesto debía ser incorporado en sus propios términos en el proyecto de presupuesto del sector público, y que la misma propuesta fue presentada por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) en su proyecto de reforma constitucional relativo al Poder Judicial. Por ello, consideran que estos hechos prueban que: "la autonomía presupuestaria del Poder Judicial" no fue recogida en la Constitución de 1993.
18. El Tribunal Constitucional no comparte la argumentación del Poder Ejecutivo. Y es que, si bien el debate constituyente es una de las herramientas para la interpretación jurídica, pues permite conocer las diversas posiciones sobre un determinado tema y cuál fue la tesis que prevaleció, no es menos cierto que cuando una norma es aprobada, y la Constitución no escapa a esta regla, dicha norma adquiere autonomía respecto de sus creadores y, por tanto, conforme a ella, corresponde a los intérpretes determinar el alcance, contenido y perfil exacto de cada una de sus disposiciones.
19. Al respecto, este Colegiado ha sostenido que la: "(...) norma, es sabido, una vez promulgada y publicada, adquiere lo que se ha dado en llamar "vida propia". Se desliga de la intención de su creador y adquiere vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir." (Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, Fundamento N.° 2). En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el

lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.

20. De otro lado, el demandante manifiesta que, a diferencia de lo estipulado en los artículos 160.º, 162.º y 178.º de la Constitución, que disponen que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y el Jurado Nacional de Elecciones sustentan su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo, el artículo 145.º de la Constitución no impone tal condición al Poder Judicial. Sobre ello el Tribunal Constitucional considera que, en efecto, de las normas constitucionales citadas se advierte un trato distinto para el Poder Judicial.
21. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advierte la incoherencia entre el artículo 80º de la Constitución y las disposiciones referidas en el Fundamento N.º 20, *supra*; y, además, la omisión en dicho artículo de consignar al Presidente del Tribunal Constitucional y al Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, que presiden órganos constitucionales autónomos, y que por ello sustentan sus respectivos presupuestos ante el Congreso sólo por mandato legal. Consecuentemente, el fallo técnico constitucional debe también precisar que en el texto del artículo 80º de la Constitución se enumere a los funcionarios que tienen atribución para sustentar sus presupuestos ante el Congreso de la República.
22. Por las consideraciones expuestas, es posible, a partir del artículo 145.º de la Constitución, determinar si la Constitución consagra, o no, la competencia alegada a favor del Poder Judicial. Por tanto, ¿debe el Poder Ejecutivo respetar el presupuesto que le presenta el Poder Judicial, no modificarlo e incorporarlo al proyecto general del presupuesto del Estado y remitirlo al Congreso de la República para su discusión y aprobación final? Para responder ello es necesario efectuar un análisis sobre la participación que, según la Constitución, tienen los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto.

VII. Los principios de separación y colaboración de poderes en la participación de los Poderes del Estado en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto

23. Conforme a los artículos 3.º y 43.º de la Constitución, la República del Perú se configura como un Estado Democrático y Social de Derecho, y su gobierno se organiza según el principio de separación de poderes. Al respecto, hemos expresado que: “La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.” (Exp. N.º 0023-2003/AI, Fundamento N.º 5).

24. Sin embargo, la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes. Al respecto, encontramos una colaboración de poderes cuando el artículo 104.º de la Constitución establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. Del mismo modo, existe una colaboración de poderes cuando el artículo 129.º de la Constitución dispone que el Consejo de Ministros en pleno, o los ministros por separado, pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, salvo la de votar si no son congresistas. Ocurre lo mismo con las normas constitucionales relativas al proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto.
25. En efecto, el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley de Presupuesto está sujeto al siguiente trámite:
- 24.1. La remisión del proyecto de Ley de Presupuesto por el Presidente de la República al Congreso, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año, y que debe estar efectivamente equilibrado, conforme lo dispone el artículo 78.º de la Constitución.
- 24.2. La elaboración del dictamen de la Comisión de Presupuesto del Congreso de la República que, previo análisis en sesiones públicas, es presentado al Pleno para su debate en el plazo previsto en el artículo 81.º-c de su Reglamento.
- 24.3. La sustentación por el Ministro de Economía y Finanzas, ante el Pleno del Congreso, del pliego de ingresos y, por cada ministro, de los respectivos pliegos de egresos, así como por el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, según el artículo 80 de la misma Carta; y por los otros titulares de pliegos en la forma prevista por otras disposiciones constitucionales y legales; en debate que se inicia el 15 de noviembre.
- 24.4. La remisión de la autógrafa de la Ley de Presupuesto al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 80.º de la propia Constitución.
26. Como puede advertirse, amparado en la colaboración de poderes es que se desarrolla el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Presupuesto. Al respecto, comprobamos que, por un lado, la iniciativa legal corresponde al Poder Ejecutivo y al Ministro de Economía y Finanzas la sustentación ante el pleno del pliego de ingresos del presupuesto; y, por otro, que corresponde al Congreso de la República su aprobación.
27. Sin embargo, si bien el principio de colaboración de poderes está presente en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto, la Constitución otorga preeminencia al Congreso de la República en esta materia. En efecto, este Tribunal debe destacar que, conforme al artículo 45.º de la

Constitución, el poder emana del pueblo y, conforme al principio representativo consagrado en el artículo 43.º de la misma norma, concordante con el artículo 77.º y a los incisos 1) y 4) del artículo 102.º de la Constitución, corresponde al Congreso de la República, aprobar el Presupuesto de la República, salvo el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución. En consecuencia, es el Poder Legislativo, en representación del pueblo, quien tiene la última decisión, pues le corresponde determinar cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas que, en definitiva, son los recursos del pueblo.

28. Ahora bien, en lo que respecta al principio de separación de poderes, también presente en la elaboración de la Ley de Presupuesto, el artículo 94.º de la Constitución dispone que el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Por tanto, además de la preeminencia que tiene el Congreso de la República en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuestaria, por cuanto es el órgano que lo aprueba, la Constitución también le reconoce autonomía presupuestaria. Es decir, de los tres Poderes del Estado, en rigor, el único que goza de autonomía presupuestaria es el Congreso de la República, porque incluso el Poder Ejecutivo está sujeto a la decisión del Legislativo.
29. Con relación al Poder Ejecutivo, el artículo 78.º de la Constitución prescribe que el Presidente de la República detenta la iniciativa legislativa para los efectos de la aprobación de la Ley de Presupuesto. Por otro lado, en el supuesto de que la autógrafa de la Ley de Presupuesto no sea remitida al Poder Ejecutivo hasta el 30 de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 80.º de la Constitución. Asimismo, según el citado artículo, el Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos.
30. Como puede observarse, de las normas citadas en el párrafo precedente, se concluye que el Poder Ejecutivo concentra importantes competencias relacionadas con la elaboración de la Ley de Presupuesto, que incluso pueden llegar al nivel del Congreso de la República, pues, por mandato del artículo 80.º de la Constitución, puede convertirse en legislador presupuestal. En tal sentido, estos dos Poderes del Estado son actores privilegiados para determinar el presupuesto del sector público, pero no son los únicos.

VIII. La participación del Poder Judicial en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto

31. El Poder Judicial, en el Estado peruano, administra justicia y cumple la función esencial de controlar el poder; es decir, fiscaliza al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, conforme al segundo párrafo del artículo 138.º de la Constitución. Para poder cumplir con esta función, encomendada por la Constitución, es que el inciso 2) del artículo 139.º de la Norma Suprema consagra el principio de independencia judicial frente a los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general. Al respecto, y en lo que toca al principio de separación de poderes y la función jurisdiccional, hemos establecido que

dentro de: “(...) la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.” (Exp. N.º 0023-2003/AI, Fundamento N.º 7). En esta oportunidad, este Colegiado añade que la función jurisdiccional también constituye una garantía contra las actuaciones arbitrarias de los particulares.

32. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “(...) a efectos de precisar los alcances y contenidos del mandato constitucional que nos define como una República Democrática, este Tribunal considera que la eliminación de toda práctica violenta y autoritaria no sólo debe limitarse a la vida política, sino también abarcar la convivencia social y todos los ámbitos de la vida de los ciudadanos; por ello, es de suma importancia enfatizar que en nuestro régimen constitucional sólo debe imperar el diálogo y los medios pacíficos para resolver los conflictos”. (Exp. N.º 1027-2004-AA/TC, Fundamento N.º 13). Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales y ejercer el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.
33. En doctrina que este Colegiado hace suya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una de las características básicas de la sociedad democrática es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos (*mutatis mutandis*, Caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, Fundamento N.º 30). En tal sentido, el Tribunal Constitucional remarca que otro de los elementos que, conforme al artículo 43.º de la Constitución, nos configuran como una República Democrática, es la independencia judicial, necesaria para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales.
34. El Tribunal Constitucional considera que, teniendo en cuenta el diseño de las relaciones de los Poderes del Estado desarrolladas por la Constitución a partir del principio de separación de poderes, para que el Poder Judicial pueda cumplir adecuadamente con sus funciones básicas y las obligaciones que se derivan del artículo 139.º de la Constitución –de tal forma que el Estado peruano pueda configurar un sistema de justicia que garantice la vigencia de los derechos humanos y un adecuado servicio al usuario del sistema, y de este modo generar la confianza necesaria de los ciudadanos en los Tribunales–, es indispensable que se mantenga la independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado.
35. Dichos mandatos constitucionales determinan que el Poder Judicial también participe en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto. Para estos efectos, la Constitución establece, en el artículo 145.º, que el Poder Judicial presente su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustente ante el Congreso de la República y, conforme al artículo 80.º de la misma norma, que sea el Presidente de la Corte Suprema quien sustente el pliego correspondiente al Poder Judicial.

36. En torno a ello, el Poder Ejecutivo alega que la incorporación del proyecto del Poder Judicial en el proyecto general de presupuesto sin que el Ejecutivo lo modifique, vulneraría el principio de unidad presupuestal reconocido por el artículo 77.º de la Constitución y violaría la exclusividad que le corresponde al Poder Ejecutivo, conforme al primer párrafo del artículo 78.º de la Constitución. El Tribunal Constitucional no comparte dicha tesis. Al respecto, se debe tener en cuenta que, a tenor del artículo 94.º de la Constitución, el Congreso de la República gobierna su economía y sanciona su presupuesto. Del mismo modo, el artículo 79.º de la norma suprema dispone que sus representantes no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.
37. Como puede advertirse, estas últimas normas constitucionales permiten que el Congreso de la República pueda, eventualmente, aumentar su presupuesto, y no por ello podemos afirmar que se vulnera el principio de unidad presupuestal o la exclusividad del Ejecutivo en la elaboración y presentación del proyecto general de presupuesto, ya que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República tendrán que financiar el eventual exceso en su presupuesto con sujeción a los límites que impone la propia Constitución. Lo mismo puede afirmarse con relación al Poder Judicial, porque en última instancia lo que plantea la Constitución, respecto al tema presupuestario, es que los Poderes del Estado concierten una equitativa asignación de los recursos públicos a través de todo el proceso presupuestario, tanto en la etapa de formulación del proyecto general –que deberá presentar el Ejecutivo– como en el momento de discusión y posterior aprobación por parte del Congreso de la República.
38. Asimismo, el Poder Ejecutivo sostiene que detenta la facultad exclusiva y excluyente en la programación y formulación del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, argumentando que el Proyecto de Ley de Presupuesto constituye el medio más adecuado de que dispone el Poder Ejecutivo para determinar cuál es la orientación y la dirección que desarrolla la política económica del país, tomando en cuenta sus necesidades, prioridades y el equilibrio presupuestario. Esta afirmación en parte es cierta, pues, conforme al inciso 3) del artículo 118.º de la Constitución, corresponde al Presidente de la República dirigir la política general del gobierno.
39. Al respecto, debe precisarse que si bien la Constitución reconoce la exclusividad del Poder Ejecutivo en la iniciativa legal para presentar el proyecto de ley de presupuesto, es decir sólo él es el habilitado para iniciar el procedimiento legislativo que culminará con la aprobación del proyecto de ley, esto no quiere decir que no exista una previa coordinación y negociación, propia de un sistema democrático, a los efectos de determinar los montos y las asignaciones presupuestarias que corresponden a los diferentes organismos estatales.
40. De otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la política general del gobierno y la formulación del presupuesto están limitadas por los parámetros que fija la propia Constitución, en los términos señalados en los Fundamentos N.ºs 9, *supra*, y 41 y 42, *infra*. En tal sentido, debe quedar establecido que el Poder Judicial, como Poder del Estado, no está sujeto a una determinada

política general de un gobierno determinado, sino a las obligaciones que la Constitución le asigna directamente. Por ello, corresponde al Poder Judicial, en cuanto a sus funciones y con base en la independencia que le es consustancial, fijar autónomamente sus objetivos institucionales que, obviamente, tienen un componente presupuestario. La garantía de la independencia del Poder Judicial también se manifiesta a través del rol que debe cumplir en el proceso presupuestario puesto que, de no ser así, se corre el riesgo de su sometimiento al gobierno que le toque dirigir el Poder Ejecutivo.

41. Por lo expuesto, este Colegiado considera que cuando el artículo 145.º de la Constitución dispone que el Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso, la Constitución está habilitando al Poder Judicial para que participe en el proceso presupuestario presentando su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo sin que éste último lo modifique, para su integración al proyecto general de presupuesto y posterior sustentación ante el Congreso de la República, puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, le corresponde, al igual que el Poder Ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación, dentro de los límites que la propia Constitución impone, ya que esta competencia es garantía de su independencia; de no ser así, tal garantía se convertiría en ilusoria.

IX. Límites que impone la Constitución a la actuación de los Poderes del Estado para la elaboración de la Ley de Presupuesto

42. Las normas constitucionales de las que hemos extraído los principios constitucionales presupuestarios, Fundamento N.º 9, *supra*, imponen límites a los Poderes del Estado para la formulación y elaboración del Proyecto de Presupuesto que presenta el Ejecutivo, haciendo uso de la facultad de iniciativa en esta materia, y al propio Congreso de la República, para su aprobación. En efecto, el artículo 77.º de la Constitución prescribe que el presupuesto es anual; que su estructura contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas; que se asigna equitativamente los recursos públicos; y que su programación y ejecución responde a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Por su parte, el artículo 78.º de la Constitución dispone que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado; que no pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente; y que no puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. A su turno, el artículo 79.º de la Constitución establece que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.
43. El Tribunal Constitucional considera que no sólo los Poderes Legislativo y Ejecutivo están vinculados por estas limitaciones, sino también el Poder Judicial, al momento de formular su proyecto de presupuesto. El cumplimiento de las normas constitucionales delimitan los parámetros y los principios constitucionales presupuestarios con los cuales se debe elaborar el

proyecto y la Ley de Presupuesto también vinculan al Poder Judicial, el cual, con base en el principio de colaboración de poderes, deberá formular su proyecto en coordinación con el Poder Ejecutivo, a fin de determinar los montos fijados a partir de los límites y principios impuestos por la Constitución, y garantizando la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución.

44. Para tal fin, es responsabilidad inexcusable del Poder Judicial plantear una propuesta de asignación de recursos económicos acorde con la realidad de la caja fiscal y con las posibilidades reales de una ejecución eficiente y eficaz. Asimismo, es indispensable que dicho Poder del Estado cuente con una política judicial que sirva de marco para la toma de decisiones por parte del Legislativo, en lo que se refiere a la asignación de recursos presupuestales. Es necesario advertir que, a pesar de habersele asignado al Poder Judicial, en el pasado, importantes recursos para la reforma del sistema de administración de justicia, a la fecha dicho proceso es percibido objetivamente por la ciudadanía como notoriamente deficiente.
45. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional considera que para el adecuado ejercicio de la competencia que el artículo 145.º de la Constitución le reconoce al Poder Judicial, es necesaria una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en lo relativo a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.
46. Del mismo modo, el Poder Judicial deberá formular una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en cuanto a la aprobación de su presupuesto. Sobre esta base, el Poder Legislativo, atendiendo a la capacidad económica del país, podrá incrementar las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar que, conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 13, *supra*, ha operado la sustracción de la materia respecto a la pretensión del demandante de que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005" presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordene la inclusión, del

proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004 en el "Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005".

2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo de la competencia que confiere en artículo 145.º de la Constitución al Poder Judicial. En consecuencia, intérpretese que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República, conforme a los Fundamentos N.ºs 40 a 45 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Poder Judicial para que formule una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en relación a la aprobación de su presupuesto.
4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.
5. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementen las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

**EXP. N.º 004-2004-CC/TC
LIMA
PODER JUDICIAL**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JAVIER ALVA ORLANDINI

Comparto el fallo y los fundamentos que lo justifican, sin embargo, creo necesario dejar constancia de las siguientes consideraciones adicionales.

1. El sistema de separación de funciones está reconocido en la Constitución Histórica. En efecto, las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, dispusieron (10): "El principio más necesario para el establecimiento y conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes, que deben deslindarse, haciéndolas independientes unas de otras en cuanto sea dable".
2. Ese mismo principio de separación de funciones fue respetado, con variantes, en la Constitución de 1823, que creó cinco poderes (electoral, legislativo, ejecutivo, judicial y municipal). Dos de ellos, empero, se referían al ejercicio del derecho al sufragio (poder electoral) y a la estructura y atribuciones de las municipalidades (poder municipal).
3. Las constituciones de 1826 y 1933 consideraron cuatro poderes (electoral, legislativo, ejecutivo y judicial). Las otras nueve cartas políticas, incluso la actual, estructuraron al Estado en tres poderes. Es menester, sin embargo, destacar que las constituciones de 1979 y 1993, además de tales poderes, dan categoría de órganos constitucionales autónomos al Ministerio Público, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Sistema Electoral (sic) y al Tribunal Constitucional (antes Tribunal de Garantías Constitucionales).
4. La diferencia esencial entre los regímenes autocráticos y los democráticos estriba en que los primeros concentran el poder, mientras que los segundos lo distribuyen. Formalmente aquellos emanan de la fuerza o del fraude y estos de la voluntad popular. No es el caso examinar cuánto tiempo el Perú ha estado regido por gobiernos autocráticos (militares o civiles). Es suficiente señalar que, por excepción, el pueblo ha tenido la oportunidad de elegir a sus gobernantes.
5. En cuanto al Presupuesto de la República, Basadre ("Historia de la República del Perú", Séptima Edición, Editorial Universitaria, Lima-1983, pag. 15) sostiene: "Cuando el Perú inició su vida republicana, estaba ya en plena vigencia el principio por el que el Congreso determina los ingresos y los egresos públicos. Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839 señalaron el régimen de la aprobación legislativa de los Presupuestos presentados por el Poder Ejecutivo, y las que establecieron el Consejo de Estado dieron facultad a este organismo para el examen del proyecto respectivo antes de que fuera remitido al Congreso. Sin embargo, veinte años de vida republicana se sucedieron y cinco Cartas políticas fueron promulgadas sin que se cumpliesen estos preceptos. Dos tentativas para preparar Presupuestos, la una en el gobierno de La Mar (Morales Ugalde) y la otra en el primer gobierno de Gamarra (Pando) no tuvieron repercusión legislativa. Sólo el 21 de octubre de 1845, día anterior al señalado para la clausura del Congreso, el ministro de Hacienda Manuel del Río presentó a las Cámaras el primer Presupuesto del Perú, correspondiente al bienio 1846-1847. El Parlamento se clausuró el día siguiente, sin aprobarlo. El gobierno lo puso en vigencia, no obstante que

reconoció tenía defectos e inexactitudes y pidió a los prefectos que hicieran las confrontaciones de partidas necesarias para depurarlo (4 de febrero de 1846)".

6. Correspondía al Ministro de Hacienda presentar a la Cámara de Diputados (o al Consejo de Estado), tres meses antes de abrirse la sesión anual del Congreso, la cuenta de la inversión de las sumas decretadas para los gastos del año anterior y, asimismo, el *Presupuesto General de todos los gastos y entradas del año siguiente*. La aprobación de los ingresos y gastos públicos fue, además, en la teoría constitucional, atribución exclusiva del Congreso (según comentara Jorge Basadre), como lo acreditan los siguientes preceptos:

Artículo 60°, incisos 10 y 11, de la Constitución de 1823,

Artículo 43°, inciso 2 (referido a los Tribunales), de la Constitución de 1826;

Artículo 48°, inciso 8, de la Constitución de 1828;

Artículo 51°, inciso 8, de la Constitución de 1834;

Artículo 55°, inciso 6, de la Constitución de 1839;

Artículo 55°, inciso 4, de la Constitución de 1856;

Artículo 59°, inciso 5, de la Constitución de 1860;

Artículo 59°, inciso 6, de la Constitución de 1867;

Artículo 83°, inciso 5, de la Constitución de 1920;

Artículo 123, inciso 5, de la Constitución de 1933.

Sin embargo, el Congreso fue, en muchos tramos de nuestra historia republicana, suplantado por regímenes usurpadores que aprobaron los presupuestos mediante simples decretos leyes.

7. Más cercanamente, en la Constitución de 1979 (Capítulo IV del Título IV), los artículos 197° a 200° trataron del Presupuesto y la Cuenta General. El primero de estos dispositivos señaló que el Presidente de la República remitía al Congreso, dentro de los treinta días siguientes a la instalación de la Primera Legislatura Ordinaria Anual, el proyecto del Presupuesto del Sector Público para el año siguiente, y que no podía presentarse proyecto cuyos egresos no estuvieran efectivamente equilibrados con los ingresos. El proyecto, luego de ser dictaminado por una comisión mixta integrada por ocho senadores y ocho diputados, debía ser debatido y aprobado antes del quince de diciembre. Caso contrario, entraba en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, promulgado por decreto legislativo.
8. De las referidas normas de la Constitución de 1979 se infiere, pues, que correspondía al Congreso la aprobación del proyecto contenido en el dictamen de la comisión mixta de senadores y diputados. Solo si no se producía tal aprobación, entraba en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo.
9. La administración económica y financiera del Gobierno Central, conforme al artículo 138° de la Constitución de 1979, se regía por el presupuesto que anualmente aprobaba el Congreso; y las instituciones y personas de derecho público, así como los gobiernos locales y regionales, por los respectivos presupuestos que ellos aprobaban. Esa norma constitucional, además, disponía que por ley se determinaba "la preparación, aprobación, consolidación, publicación, ejecución y rendición de cuentas de los Presupuestos del Sector Público, así como la responsabilidad de quienes intervienen en su administración." Existía,

entonces, reserva de ley para esas etapas de los presupuestos del Sector Público.

10. La Corte Suprema de Justicia, según el artículo 238° de la Constitución de 1979, tenía la atribución de formular el proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que debía ser remitido al Poder Ejecutivo para su inclusión en el proyecto de Presupuesto General del Sector Público. El presupuesto del Poder Judicial no era menor del *dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el Gobierno Central*. La Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 239° de la misma Carta, por intermedio de uno de sus miembros, tenía derecho de concurrir a las Cámaras Legislativas para tomar parte, sin voto, en el debate de su presupuesto.
11. Las Cámaras Legislativas, antes, y el Congreso unicameral, actualmente, tienen el privilegio de aprobar sus presupuestos. Los proyectos respectivos son remitidos al Poder Ejecutivo para que este los incluya en el proyecto de Presupuesto General de la República.
12. La Constitución de 1993 está llena de vacíos y contradicciones. Su apresurada aprobación fue inspirada por el afán de mantener el ejercicio del poder al margen de toda consideración de ética política. Además de los ministros, el artículo 80° de dicha Carta solo permite participar en el debate del Presupuesto, ante el Pleno del Congreso, al Presidente de la Corte Suprema, al Fiscal de la Nación y al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Sin embargo, el artículo 162° faculta también al Defensor del Pueblo a concurrir a tal debate. Y la aludida Carta omite que ejerzan el mismo derecho los presidentes del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura. Si bien el artículo 145° de la Constitución actual dispone que "El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso", no puede inferirse de ello que necesariamente, cualquiera que fuera el monto de ese presupuesto, deba ser incluido *per se* en el proyecto de Presupuesto General de la República, el que debe estar efectivamente equilibrado conforme lo determina el artículo 78° de dicha Carta.
13. El proyecto de Presupuesto General de la República, enviado por el Presidente de la República, es debatido, primero, en la Comisión de Presupuesto del Congreso, y, posteriormente, el pleno del Congreso debate y aprueba (con modificaciones o sin ellas) el proyecto contenido en el dictamen en mayoría (o unánime) de la referida comisión. El pleno puede, además, hacer las modificaciones que estime necesarias.
14. La práctica parlamentaria, antes y ahora, posibilita que los ministros y los representantes de los órganos constitucionales participen, asimismo, en los debates de la Comisión de Presupuesto del Congreso.
15. La diversa redacción de los artículos 145°, 160°, 162° y 178° de la Constitución no debe ser el único fundamento de la demanda incoada. Hay un clamor nacional a efectos de que el Poder Judicial cumpla cabalmente su atribución de impartir justicia. Los magistrados no solo tienen derecho de percibir adecuadas remuneraciones, sino, adicionalmente, deben contar con el personal auxiliar y con los instrumentos técnicos necesarios.
16. La justicia en el Perú está en crisis desde hace muchos años. Es probable que se deba a diversos factores y no solo al económico. Debe recordarse que en el período 1992-2000 se publicitó una costosa "reforma judicial",

dirigida por un marino, que no solo no dio resultados positivos, sino que degradó la conducta de muchos jueces, especialmente provisionales, y separó del Poder Judicial y del Ministerio Público a quienes no fueron obsecuentes. Es preciso destacar que, para el control del aparato judicial, el régimen autocrático de entonces mutiló las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura, razón por la cual, en gesto cívico que la nación no puede ni debe olvidar, sus integrantes debieron renunciar.

17. En la coyuntura actual, en que la sobrecarga procesal proviene de la transferencia de cientos de procesos del fuero privativo militar al Poder Judicial, del incremento de los procesos por corrupción de funcionarios, y del cada vez mayor número de procesos por tráfico ilícito de drogas (todos complejos), hay una necesidad perentoria de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencia de partidas.
18. Es necesario que haya un plan de reorganización del Poder Judicial y del Ministerio Público, para que, con el suficiente número de magistrados, afronten el problema de la justicia en el Perú.

Estas son las consideraciones adicionales a los fundamentos de la sentencia que emite el pleno del Tribunal Constitucional, en la trascendente demanda de conflicto de competencias del Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo.

SS.

JAVIER ALVA ORLANDINI

EXP. N.º 004-2004-CC/TC

LIMA

PODER JUDICIAL

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Con las consideraciones y respeto que mis colegas merecen, no suscribo los FUNDAMENTOS de la parte I, párrafos del 2 al 4 (páginas 4 a 10 inclusive), por pensar, en primer lugar, que no se trata realmente de "fundamentos" propiamente dichos, sino de una reseña didáctica y doctrinaria sobre las clases de sentencias que pueden darse en general.

En segundo lugar, porque estimo que las clasificaciones doctrinarias explicadas en esas siete páginas no resultan útiles o pertinentes para el caso concreto a resolver, salvo el tipo de sentencia estimativa exhortativa, que es la que pronunciamos en esta oportunidad.

Por último, porque aun constituyendo doctrina jurídica, considero peligroso que el Tribunal Constitucional, frente a un caso concreto, se refiera innecesariamente y a modo de enseñanza a todos los tipos de sentencias constitucionales, definiendo sus objetivos y características : estas definiciones,

aun siendo ajenas al caso concreto, dejan sentada una posición **vinculante** del Tribunal Constitucional, por lo que estimo que debemos actuar –los magistrados- con especialísimo cuidado y pertinencia en los fundamentos vertidos en cada caso.

2. Me preocupa en particular el caso reseñado en el numeral 3.3.4 de la sentencia, que se refiere al tipo de "sentencias exhortativas".

Mis honorables colegas señalan que la exhortación contenida en el fallo de esas resoluciones pueden concluir –entre otras consecuencias- con la expedición de una "segunda sentencia". Es decir, que cuando el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso a elaborar y a aprobar una futura ley que el Tribunal estima necesaria, y el Congreso no la aprueba en un plazo razonable, entonces –estiman mis colegas- el Tribunal Constitucional puede expedir una "segunda" sentencia.

El asunto se agrava si se toma consciencia que la gran mayoría de las sentencias exhortativas se refieren no a leyes dictadas por el Congreso, sino a OMISIONES del Congreso en legislar determinados asuntos. Las omisiones legislativas del Congreso, en principio, no deben ser llenadas o superadas por el Tribunal Constitucional y menos de un modo conminativo, con plazo presunto y vía una "segunda sentencia", no sabemos propulsada por qué norma constitucional.

No considero dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional propulsar (¿de oficio?) una segunda sentencia, menos aun cuando puede presumirse que en esta segunda sentencia el Tribunal Constitucional "legislaría" lo que no legisló el Congreso. No es competencia nuestra obligar al Poder Legislativo a dictar determinadas leyes, ni sustituirlo en la labor legislativa si no lo hace.

Es de presumirse, además, según lo expresado en esos párrafos, que la calificación del plazo concedido al Congreso como razonable o irrazonable, dependería del propio Tribunal Constitucional.

Este tipo de consecuencias en las sentencias exhortativas de un Tribunal Constitucional, en Derecho Comparado, no es aceptado por la gran mayoría de órganos controladores de la constitucionalidad de las leyes, por estimarse que constituye una usurpación de las funciones del Poder Legislativo. Yo concuerdo con esa posición.

3. En cuanto al Principio de Unidad del Presupuesto, mis honorables colegas lo definen en base a la opinión de Maurice Duverger. Expresan que por ese principio "se proscribe la multiplicación de presupuestos y las cuentas singulares, ya que impediría tener una visión global más clara de los ingresos y gastos públicos..." . Sin embargo, aceptan, al declarar fundada la demanda, que el Poder Judicial presente su propio presupuesto ante el Congreso; es decir, aceptarían, en este caso, la **pluralidad** o multiplicación de presupuestos.

No encuentro, en el texto de la mayoría, la fundamentación del porqué – al permitir al Poder Judicial sustentar su propio pliego ante el Congreso- no se vulneraría el Principio de Unidad Presupuestal. Hace falta una explicación.

Tal vez la explicación del aparente contrasentido esté en el "momento" en que tiene vigencia el Principio de Unidad del Presupuesto : el Poder Judicial y otros órganos constitucionales pueden sustentar sus propios pliegos presupuestarios – sin modificaciones impuestas por terceros- ante el Congreso, y en esta etapa sí estaría permitida la pluralidad de "presupuestos" parciales sin vulnerar el Principio de Unidad del Presupuesto ... pero cuando el Congreso debe aprobar el "Presupuesto General de la República", será aprobado **un solo y único Presupuesto**, en el que se habrán armonizado todos los ingresos y gastos provenientes de los diversos sectores y fuentes.

Estimo que el espíritu del Artículo 145° de la Constitución debe interpretarse como una sabia y previa vía de apertura al diálogo –negociación si se quiere- entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, para que entre ellos analicen, coordinen y armonicen las necesidades de ese importantísimo Poder del Estado, como lo es el Judicial.

Para impedir que el Poder Ejecutivo imponga siempre "su" proyecto de Presupuesto, y en la hipótesis que la "negociación" no satisfaga al Poder Judicial, la Constitución abre a éste las puertas del Congreso para explicar, ante el árbitro supremo del Presupuesto, las razones de su insistencia.

4. Por otra parte, opino necesario esclarecer que el término "autonomía presupuestaria" no se refiere –como parece opinar el demandado- a una autoasignación de recursos por algún organismo determinado, sino más bien, en autodeterminar el destino de los recursos ya asignados por la ley del Presupuesto.

5. Lo que importa señalar en esta resolución del Tribunal Constitucional es principal y sintéticamente:

Que el Poder Judicial **tiene un rol importantísimo en todo Estado Social y Democrático de Derecho**, como lo es el Perú. No es ni debe ser –como parecen creer muchos ciudadanos- la "Cenicienta" de los poderes públicos, sino más bien la base principal de la justicia, de las garantías ciudadanas contra todo tipo de abuso, provenga de autoridades o de particulares y, además, requisito indispensable para vivir en igualdad, con la paz que acarrea tener eficazmente garantizados todos nuestros derechos.

Es harto conocido por la ciudadanía que el Poder Judicial de nuestro país dista mucho de cumplir su excelsa tarea, y que la población reclama a gritos una reforma eficaz, no sólo de recursos –hay que decirlo- sino también del comportamiento de muchos de sus integrantes.

Estas funciones preponderantes sólo podrán cumplirse a cabalidad con la idoneidad técnica y moral de sus miembros, con los recursos necesarios y con el respeto absoluto a sus resoluciones.

Para facilitarle contar con tales recursos, el Artículo 145 de la Constitución permite la injerencia del Poder Judicial en la elaboración del proyecto de todo el presupuesto, en coordinación con el Poder Ejecutivo. Esto no significa, sin

embargo, que la opinión del titular del Poder Judicial vincule u obligue al Congreso o a los demás órganos constitucionales.

He mencionado que un Poder Judicial eficaz requiere, además, absoluto respeto a sus resoluciones: éstas deben ejecutarse sin denostaciones y sin demora, especialmente cuando es el Estado el obligado directamente a cumplirlas.

Hace enorme daño a la democracia y al estado de derecho, así como a la autoridad y al prestigio del Poder Judicial, que sus sentencias definitivas sean ignoradas por el Ejecutivo. Ello ocurre, principalmente, cuando tales sentencias implican un pago importante a cargo del Estado. Muchas veces, los montos que deben cancelar diversos sectores de la Administración Pública no son incluidos, año tras año, en los Presupuestos Generales de la República, con lo cual no sólo el Congreso –que aprueba el Presupuesto- sino el propio Presidente de la República- responsable constitucionalmente de la ejecución de las sentencias judiciales- vulneran flagrantemente la Constitución y lo que es más grave, impunemente.

Esto debe cambiar. Ojalá esta sentencia del Tribunal Constitucional incida en un beneficioso cambio.

**SRA.
REVOREDO MARSANO**

**EXP. N.º 004-2004-CC/TC
LIMA
PODER JUDICIAL**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Pese a encontrarme conforme con el FALLO o parte dispositiva de la sentencia, con el debido respeto por mis colegas, quisiera ahondar en algunas consideraciones que no se han hecho notar en la fundamentación de la Sentencia.

La trascendencia histórica y política del caso

1. En primer término, tengo la plena convicción de que éste es un caso sumamente importante por la materia concernida relativa a la estructura del sistema político peruano y la histórica situación de uno de los poderes del Estado. En esta medida, considero que se trata de un proceso fundamental para la República en donde el control constitucional demandado debe permitir una profunda reflexión respecto a la función de la judicatura y determinar precisiones trascendentales basadas en

argumentaciones que permitan una interpretación constitucional proyectada en el proceso histórico y político en el que surgen estos conflictos, y, por esta vía, establecer una solución constitucional definitiva a un secular problema de nuestro sistema político. En esa medida, el presente caso requiere, antes de su análisis concreto, una necesaria revisión de nuestro proceso histórico y político; de igual modo, el caso motiva a reflexionar que la Constitución es siempre un texto normativo de la mayor importancia que debe ser comprendido de cara al proceso mismo, como norma fundamental, pero al mismo tiempo, como un documento histórico abierto permanentemente a una lectura acorde con las aspiraciones de cada tiempo.

2. Mirando nuestro proceso histórico, se observa que innumerables veces y, en otras instancias políticas, incluso antes de la existencia de este Tribunal, se ha discutido la necesidad de establecer en el Perú un Poder Judicial con las prerrogativas de un verdadero Poder del Estado. Por ello, el problema planteado aquí tiene relación directa con el proceso de construcción del Estado Democrático y Social de Derecho en nuestro país. El Estado Social y Democrático de Derecho no es una construcción que viene ya definida en la Constitución, puesto que sus contenidos se perfilan y desarrollan constantemente. En este proceso, el papel del Tribunal resulta relevante. El Tribunal Constitucional, en su corta existencia, ha venido desarrollando y dando contenido a las cláusulas fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho. De algún modo puede decirse que la Constitución nominal de 1993 se está adecuando a los tiempos de la transición democrática y está, en muchos aspectos, definiendo sus contenidos fundamentales, a partir de la intervención del Tribunal en este proceso político. Esto denota que tan importante como la necesidad de reformar la Constitución expresada por el Tribunal en la Sentencia N° 014-2002-AI/TC, debemos considerar al proceso de "mutación de la Constitución", llevado a cabo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como un método válido para actualizar y considerar la vigencia actual de la Constitución. La "mutación constitucional" significa, en este contexto, la posibilidad que presenta la labor interpretativa del Tribunal Constitucional para llenar de contenidos democráticos a la Constitución y darle sentido actual así como vigencia real.

El TC y su participación en el proceso de deliberación sobre la construcción de un Poder Judicial autónomo.

3. Mis colegas han rechazado de plano, en el fundamento 18° de la Sentencia, el entrar a analizar el proceso de formación de la voluntad constituyente que llevó a la redacción del texto del artículo 145° de la Constitución, que es materia de interpretación en el presente caso. La concepción de una teoría de la interpretación jurídica desvinculada por completo del legislador histórico parecía, en efecto, aconsejar una lectura al margen de los debates constituyentes. Pero hay que advertir que no es lo mismo la interpretación de la Ley y la interpretación de la Constitución por parte del Tribunal. En la interpretación de la ley la primacía de la Constitución permite un marco de referencia

incuestionable al intérprete, mientras que en la interpretación de la Constitución, por la naturaleza misma de las disposiciones impregnadas de indeterminaciones y aperturas, el intérprete necesita de mayores referencias para su trabajo. La interpretación de la Constitución es, en este sentido, una tarea de enorme responsabilidad respecto de la asignación de contenidos a textos muchas veces imprecisos, vagos y a veces aparentemente contradictorios, debido, entre otras razones, a que el debate constituyente se configura como un proceso de acuerdos mínimos entre la diversidad y pluralidad de concepciones y opciones políticas que conforman la voluntad constituyente. De este modo, muchos temas suscitan debates en los que ese acuerdo mínimo no es posible, produciéndose lo que Ferreres Comella ha llamado la remisión de la decisión constituyente a un momento político "post-constitucional", donde adquiere relevancia la actuación del Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución. Es por ello que el poder de asignación de derechos y potestades en el Estado Social y Democrático de Derecho, termina trasladándose al momento de su aplicación, es decir que el proceso de cierre del debate constituyente, en aspectos muchas veces cruciales para la sociedad, termina trasladándose a los jueces y, de manera especial, al Juez constitucional.

4. Eso parece ocurrir en el presente caso, y, a partir de aquí, la importancia que adquiere la intervención del Tribunal Constitucional en el "cierre" de un debate que es histórico sobre las potestades del Poder Judicial en el escenario del Estado Democrático y su construcción en nuestro país, parece inevitable. En consecuencia, el reconocimiento de que estamos ante una discusión abierta, que no ha concluido con la aprobación y promulgación de la Constitución de 1993, sólo es posible tras la revisión del debate constituyente. La argumentación histórica sirve aquí no para reivindicar a un legislador histórico que ni puede "hablar", y tampoco le alcanza legitimidad para hacerlo, sino para poner en evidencia la polaridad en las opciones presentes en el debate y, a partir de ahí, establecer cuál de las opciones resulta, en el tiempo presente, más compatible con la Constitución en su conjunto.

El debate constituyente sobre el artículo 145º de la Constitución.

5. Revisando los documentos del proceso constituyente de 1993, puede evidenciarse las distintas opciones políticas en torno a las prerrogativas presupuestarias del Poder Judicial. Así, de un lado lo que podríamos denominar la opción *judicialista*, que cuenta con varias posiciones a su interior, desde el proyecto defendido inicialmente para dotarle de una asignación del 3% (artículo 10 en el proyecto debatido en la Comisión de Constitución), hasta la opción que apuesta abiertamente por dejar en manos del Poder Judicial, sin ningún tipo de interferencias, la potestad de elaborar y enviar su presupuesto para su incorporación por el Ejecutivo en el proyecto de Ley. Luego está la posición que reformula esta primera opción ya aprobada en la Comisión de Constitución, y al momento de discutir el tema del presupuesto del Ministerio Público, se concluye aprobando un texto más ambiguo aún, pero que, de hecho, refleja la

postura de sujeción del Poder Judicial a los designios de la administración central.

6. Pero el debate de estas opciones quedaron inconclusas por los intereses de la mayoría del Congreso de 1993, tal como bien nos recuerda Domingo García Belaunde, la "obsesión por la brevedad" de los constituyentes de 1993 hizo que el proyecto inicial, que tenía más artículos que la Constitución de 1979, terminara luego de algunos "cortes de tijera....sin orden ni concierto" en un texto con 100 artículos menos que su antecesora. Pero los recortes no fueron sólo a textos completos de artículos, también se hicieron modificaciones importantes a último momento. Así, en lo que atañe al presente caso, el texto final "recortado" se ubica ahora en el artículo 145° y con un texto diferente al aprobado por el Pleno. En el debate constituyente no hay sustento de esta última opción, por lo que debe suponerse que se hizo a último momento.

División de funciones, Estado de Derecho y autonomía del Poder Judicial

7. La teoría de la división de Poderes, como es bien sabido, es tributaria del pensamiento ilustrado y recogida en el famoso capítulo VI del libro XI del "*Esprit des lois*" de Montesquieu. Incorporada luego en el memorable artículo 16° de la Declaración Francesa de agosto de 1789, constituye, a decir de Loewenstein, "el fundamento del constitucionalismo moderno". Como se recuerda, el artículo 16° de la Declaración francesa estableció que "Toda sociedad, en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución". A partir de aquí, la doctrina constitucional moderna ha establecido una ineludible vinculación entre la teoría de la división de poderes, el control del poder y la garantía de los derechos de las personas.
8. En el Perú, el Congreso de la República, el 19 de diciembre de 1822, aprobó las "Bases de la Constitución Política de la República Peruana". Bases que instituyeron los principios constitucionales del sistema político jurídico del Estado Peruano, y que son los preceptos fundantes del Estado, así como la validez y unidad del orden jurídico y político del país. En dichas Bases Constitucionales, en el artículo 10, se diseñó la forma política que debería adoptar el Perú como República. El poder nacional se tenía que repartir en tres órganos fundamentales, quienes tienen que asumir las tres funciones principales, supremas del Estado: las funciones ejecutivas, las funciones legislativas y las funciones judiciales, forma política que el Estado debe observar, pues trata de la única garantía de la libertad y estas funciones tienen que ser independientes unas de otras en cuanto sea posible.
9. Como se puede observar, al inicio de la República, el constituyente histórico tenía muy claro cómo debía diseñar la arquitectura del Estado Moderno y cómo determinar el reparto del poder político, como se hace hasta la fecha, sobre la base de tres órganos quienes tienen que realizar las funciones supremas del Estado. Dicho poder, otorgado por la nación, y el pueblo, se estructura en tres órganos: ejecutivo, legislativo y judicial,

los que tienen igual jerarquía política, pero que asumen funciones que deben ser independientes; esta decisión de la voluntad social expresada por los constituyentes, como ya se tiene señalado, y de conformidad con la doctrina del Estado Moderno, es la garantía del establecimiento y conservación de la libertad así como la existencia de la misma Constitución.

10. La doctrina constitucional moderna ha adecuado la teoría de la división de poderes a una fórmula de *separación de funciones*, en el entendimiento de que el Poder es único, porque única es también su fuente de legitimación. Por ello, cuando la Constitución proclama en el artículo 45° de que el "Poder emana del pueblo", está legitimando una única fuente de emanación del poder, que luego es ejercido, siguiendo el dogma del constitucionalismo moderno, por tres ramas o Poderes: El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.
11. En el Estado de Derecho, la división de funciones constituye una garantía a favor de la libertad, en cuanto estuvo presente, además, desde su formulación original, la convicción de que la concentración del poder en un solo órgano constituye una amenaza permanente para los derechos y para la propia estabilidad del sistema democrático.
12. La consagración del principio democrático, recogido en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, supone, de otro lado, una apuesta por la preservación de un poder institucionalizado cooperativo, donde ninguno de los tres puede imponerse sobre otro, sino que los tres poderes coordinan y ejercitan sus competencias y prerrogativas en un marco de respeto y autolimitaciones mutuas que permitan un gobierno efectivo en la consecución de los fines de la democracia constitucional. De este modo, el principio de la división de poderes o funciones, no puede significar la consagración de jerarquías en la atribución o "alineamiento" de unos poderes respecto de otros. La existencia de distinciones o necesarias coordinaciones entre poderes, para el establecimiento o ejecución de las acciones del Estado, no supone, en modo alguno, que unos poderes actúen avasallando a otros y quitando esencia a la definición misma de lo que debemos entender por Poder. Como bien señala López Guerra, "división, es un término que va más allá de los de 'distinción' y 'coordinación': Implica la inexistencia de una jerarquía de mando mediante la cual todas las instancias estatales acabarían, en último término, dependiendo de un órgano superior, fuente del poder (el Soberano, la Asamblea, el dictador o el Partido único). División de poderes significa pluralidad de instancias estatales autónomas, sólo así el poder frenará al poder".
13. Las autonomías de cada poder del Estado cumplen, en este sentido, la función de garantía frente al avasallamiento o intento de sometimiento o intromisión de un poder del Estado sobre otro. Existen, por ello, competencias y potestades, una reservadas de modo exclusivo a alguno de los poderes del Estado, otras compartidas y que coadyuvan a la cooperación en la acción pública.

14. El principio de autonomía del Poder Judicial es, por tanto, una garantía institucional inescindible del principio constitucional de independencia, recogido en el artículo 139 inciso 2º de la Constitución Política. Esto es así, toda vez que sin autonomía funcional orgánica, el Poder Judicial no podría cumplir el cometido institucional que es exclusivo de este poder del Estado: la función jurisdiccional. Quizás la independencia es lo que mejor caracteriza al órgano judicial, pues, si bien mantiene frente a los otros poderes su autonomía, integra, en su interior, a un conjunto de funcionarios independientes encargados de impartir justicia, que no dependen del legislativo ni del ejecutivo, y, aquí lo más trascendente, tampoco de una Corte o Tribunal que dentro de éste funciona. Se trata, entonces, del presupuesto o condición indispensable de la imparcialidad que, como afirma Zaffaroni, es el carácter esencial de la jurisdicción^[9]. Más aún, es precisamente el signo distintivo de la independencia lo que le otorga al judicial la legitimidad democrática en el Estado Moderno, pues hay que recordar que una institución democrática no lo es necesariamente por el origen popular o electoral, sino cuando ésta es funcional para el sistema democrático y consustancial al funcionamiento del Estado de Derecho.

Poder Judicial y derechos fundamentales

15. Pero además del principio de la división de poderes, que ha sido analizado en los argumentos precedentes, conviene también tener presente el rol que juega hoy en día el hecho de que el Poder Judicial, como poder del Estado, sea a la vez el garante de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política del Estado.
16. Los derechos fundamentales, que en su esencia y origen constituyen garantías frente al Estado, requieren de un ente, una fuerza, un poder que los haga valer como realidades exigibles jurídicamente. Como bien nos hace ver Alexy^[10], "tan irrenunciable es la separación de poderes para la institucionalización de los derechos humanos como insuficiente". En efecto, sin un mecanismo que permita limitar efectivamente el poder del Estado como garantía para los derechos, la teoría de la división de poderes puede quedar vaciada fácilmente como estrategia para la defensa de la libertad; pero hay que tener en cuenta, además, que actualmente no se habla sólo de derechos fundamentales como garantías frente al Estado, sino también frente a terceros (la llamada eficacia horizontal de los derechos). En esta dimensión, el Poder Judicial encuentra su plena legitimidad y adquiere soberanía como garante de los derechos constitucionales, tanto frente al Estado como también frente a los particulares.
17. A partir de esta constatación fáctica, de los derechos fundamentales, se ha dicho que son, en cierto sentido, garantías institucionales "contra mayoritarias" e, incluso, "profundamente antidemocráticos, porque desconfían del proceso democrático. Con el sometimiento incluso del Legislativo privan de poder de decisión a la mayoría parlamentariamente legitimada. Lo vemos una y otra vez: la oposición pierde primero en el procedimiento democrático y vence después en el areópago de

Karlsruhe"^[11]. Así, la relación entre democracia representativa y derechos fundamentales hace suponer una permanente tensión entre la mayoría parlamentaria y la actividad jurisdiccional, sobre todo, de parte de los Tribunales Constitucionales. En este contexto es que el principio de autonomía cobra especial relevancia, porque supone una garantía institucional a favor no de un Juez en particular, sino del Poder Judicial como órgano del Estado.

Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. Dos contextos, dos concepciones sobre el rol de la Judicatura en la Democracia constitucional.

18. En el escrito de contestación de la demanda, en el presente caso, se ha dado una serie de argumentos históricos para demostrar que "desde siempre" las prerrogativas exclusivas en la elaboración del Presupuesto han sido del Poder Ejecutivo. Esta afirmación, que tiene como respaldo una realidad histórica incuestionable, debe, no obstante, ser matizada con lo que supone la presencia del Estado Social y Democrático de Derecho como superación del Estado Legislativo. En el Estado Legislativo, la jurisdicción, en efecto, no es más que "administración de justicia", pero en el Estado Constitucional, el Poder Jurisdiccional ha adquirido especial relevancia y protagonismo; en consecuencia, lo que "siempre fue así" no tiene por qué mantenerse en el tiempo en forma indefinida.
19. La constitucionalización de los derechos humanos y, sobre todo, su eficacia directa, a través de la fuerza de la jurisdicción como garante de los mismos, ha producido un cambio no sólo en la concepción de los derechos, sino también en la propia estructura de la organización política del Estado. Como ha escrito Zagrebelsky^[12], el paso del Estado de la ley, o conocido clásicamente como Estado de Derecho, al Estado Constitucional, o Estado Social como nomina nuestra propia Constitución, nos debe inducir a pensar en un verdadero "cambio genético" en la estructura y relaciones tanto entre poderes como también entre el Poder Público y los particulares: los ciudadanos.
20. En este sentido y, en lo que aquí interesa, el magistrado de la Corte Constitucional muestra cómo en el Estado de Derecho hay una especie de subordinación a la ley y, en consecuencia, al Poder Legislativo, tanto de parte de la administración como también de la jurisdicción. Por ello manifiesta que el Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se "reafirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad". Respecto del Poder Judicial, esto significó, entre otras cosas, una concepción de la jurisdicción vinculada al legislador en el momento de la aplicación del derecho. De esta época es expresión figurativa la célebre frase de Montesquieu, en el sentido de que el Juez es un ser inanimado que pronuncia las palabras de la ley. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad en el entendimiento, además, que este era el mejor servicio que puede hacerse a la seguridad jurídica, la igualdad o la uniformidad de la jurisprudencia como valores que se proclamaban centrales en el modelo político^[13].

21. La organización judicial, que es compatible con un modelo tal del Estado, está sometida a la administración central. Como nos recuerda Perfecto Andrés Ibáñez^[14], "la institución judicial de este modelo, en los países de la Europa continental, encarna fielmente la herencia napoleónica, bajo la forma de una administración de justicia integrada en el Ejecutivo".
22. Durante toda la vigencia del Estado legislativo de derecho, no puede hablarse, por ello, con propiedad, de un Poder Judicial, sino, como con frecuencia ha sido dicho, de una simple administración de justicia sujeta a la administración central y, de este modo, también de un juez, no sólo "boca de la ley" sino funcionario marginal de la administración de un Estado centralizado y poco proclive a "compartir el poder"^[15].
23. Frente a este modelo de organización política y, también, como consecuencia de la crisis que se produjo en toda Europa, respecto de la función de la ley y su falta de contenidos éticos que hicieron que el Estado nazi, también de modo formal, pueda ser autoproclamado un "Estado de derecho" para someter con igual fuerza "jurídica" a los jueces; se produce la materialización ética del ordenamiento jurídico a través de los nuevos textos constitucionales, pero también por otro lado, se abre paso una interesante reflexión sobre el rol de la judicatura en la defensa de ciertos bienes y valores constitucionales.
24. Se produce así un acontecimiento extraordinario. Por el camino de garantizar determinados bienes, que venían tutelados por las Constituciones, se termina por someter al propio legislador a la Constitución. Así, "si el *Estado legislativo de derecho* había supuesto la sumisión de la administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a Derecho, en este caso a la Constitución"^[16].
25. En esta línea, se ha venido a hablar de una magistratura no sólo como poder real, sino incluso como el poder más importante en el Estado Democrático actual, llegando a sostener que, a diferencia de lo que pasaba con el Estado legislativo y la preeminencia que en esta época se otorgaba al poder legislativo, actualmente puede afirmarse que el Estado Constitucional es, en verdad, un *Estado Jurisdiccional*, puesto que no sólo la ley se encuentra actualmente sometida a controles jurisdiccionales, a través del juicio de constitucionalidad, sino que todos los actos de la administración pueden venir impugnados para su definición y control por parte de los Jueces^[17].
26. A esto debe agregarse, sobre todo para el caso de los países de América Latina, el desgaste de la democracia representativa y la alta incidencia de delitos de corrupción que suponen una necesaria actuación de la jurisdicción en el control del poder político. En el caso europeo, esto ha llevado a hablar del fenómeno de judicialización de la política: "Todo, y todo el mundo debe ahora ser justiciable: La ley por el consejo constitucional; la política económica del gobierno, por el Tribunal de Luxemburgo; el funcionamiento de las instituciones penales y

disciplinarias, por el Tribunal de Estrasburgo; los Ministros por el Tribunal de justicia de la República; los hombres políticos, por la justicia penal ordinaria". [\[18\]](#)

27. En consecuencia, el Poder Judicial no puede ser el que se ha estructurado y diseñado para un tiempo en que se creía, sin ninguna duda, en que la soberanía del Parlamento no podía ser sujeta a control o que las actuaciones de la administración no podían ser sometida a la Jurisdicción. El Estado Constitucional, a través de los derechos fundamentales, limita al legislador; y la administración, a través del Proceso Contencioso, está sometido a la jurisdicción. Por tanto, el Poder Judicial requiere de garantías que permitan que su actuación fundamental para la democracia no se vea amenazada.

La necesaria vinculación de la autonomía presupuestaria, independencia judicial y derecho fundamental de Tutela.

28. Además de lo que llevo expuesto, creo que hay un argumento también consustancial al Estado Social de Derecho referido a lo que supone el derecho a la justicia. El servicio público de justicia, es al propio tiempo un derecho fundamental y una obligación de parte del Estado, orientado a establecer mecanismos de tutela de los derechos a través de órganos y procedimientos que permitan que los conflictos, que se originan en la sociedad, encuentren un cauce de solución civilizada, efectiva y oportuna. Una de las consecuencias de la transformación del Estado de Derecho en Estado Social y Democrático de Derecho, ha sido precisamente la atención prioritaria del servicio público de justicia como un derecho fundamental en el Estado Democrático. En esta perspectiva, el movimiento de acceso a la justicia, como una reivindicación social, ha sido recogido en los textos constitucionales de la mayoría de los países democráticos del mundo contemporáneo. La constitucionalización de los derechos fundamentales a la justicia, recogidos básicamente en el artículo 139º de la Constitución, dan cuenta de este fenómeno en nuestro contexto.
29. Por acceso a la justicia, se ha comprendido no sólo a los mecanismos de superación de barreras geográficas, económicas, culturales, de género y de cualquier otro tipo, estableciendo la actividad judicial orientada a la solución de un conflicto de manera universal e igualitaria, sino también las actividades coadyuvantes con esta actividad, como la comprensión real de los derechos, la asesoría legal gratuita previa al proceso, la asistencia letrada durante el mismo y, en general, la tutela procesal efectiva, que comprende el uso de las reglas preestablecidas, el derecho de contradicción, la defensa, la instancia plural, la ejecución de los fallos, entre otros aspectos.
30. En efecto, en cuanto actividad propiamente judicial, se ha destacado la interrelación entre las posibilidades o facilidades de acceso, la necesidad de lograr una sentencia ajustada a derecho siguiendo un proceso justo y, finalmente, la ineludible actividad para poder hacer efectivo las pretensiones logradas en el proceso, esto es, la ejecución de

resarcimientos o indemnizaciones^[19]. Unido a esto, se reclama también un mecanismo de aseguramiento por los errores o defectos del sistema de justicia.^[20]

31. El órgano encargado de ofrecer este servicio público esencial, de parte del Estado, es el Poder Judicial. Este es, además, un servicio en forma de monopolio estatal que requiere de ciertas características muy especiales. En primer lugar, ha de ser prestado por un órgano imparcial, independiente de cualquier inferencia política, pero, además, el servicio ha de ser eficiente, efectivo y suficiente a la demanda siempre creciente de nuestra sociedad con sed de justicia.
32. Esto significa, en resumidas cuentas, que el Poder Judicial tiene no sólo asignada una competencia, sino también deberá asumir la responsabilidad frente a la ciudadanía por el efectivo servicio de justicia que los ciudadanos reclaman como derecho fundamental. Para que esto no sea sólo una formulación teórica, el Estado deberá delegar también, en este Poder del Estado, las suficientes competencias y, sobre todo, los fondos necesarios para que dichas competencias puedan ser ejercidas con responsabilidad y eficacia. Si ello no ocurre, el Poder Judicial no sólo no podrá ejercer sus potestades como titular de un poder, sino que tampoco podrá trasladársele la responsabilidad por las deficiencias del servicio.
33. En ello debe meritarse, con especial cuidado, el papel que cumple el Estado en la asignación de las prioridades. Gobernar es decidir, y ello implica la elección de diversas opciones. Lo que está en los enfoques de opciones, de quien toma las decisiones en el Estado, es cómo se definen estas prioridades, para lo cual es preciso señalar que cuenta con las atribuciones que les otorga la Constitución y la ley. Sin embargo, debe quedar claro que la atribución de decidir debe estar relacionada con las responsabilidades estatales, no pudiéndose, por la vía de la “elección de la decisión de prioridades”, asumirse la indiferencia como respuesta en un tema tan importante como lo judicial, pues ello implica vaciar de contenido a muchos derechos vinculados con la tutela judicial efectiva. Es obvio que sin una adecuada asignación de recursos económicos para hacerlos efectivos, el derecho será solo nominal y no real, por lo que es imperativo que quien tiene a su cargo la importante función de la “elección de recursos escasos” priorice el dinero de los contribuyentes, considerando y no negando las condiciones de mejorar la prestación de un servicio que posibilite la real vigencia de los derechos fundamentales en juego, y que se haga dentro de un enfoque que esta vez si consagre, con sentido real, la autonomía institucional.
34. En ese sentido, el Estado requiere asegurar el adecuado funcionamiento del Poder Judicial como organización autónoma que desarrolle, a su interior, una de las garantías institucionales más trascendentes en el Estado de Derecho: la independencia, para lo cual se requiere considerar la estructuración del servicio fuera de condiciones de dependencia del poder, pero también consagrándose un servicio de calidad al usuario que permita rescatar su dignidad humana.

35. De este modo, surge la necesidad de establecer una ligazón entre el servicio de justicia, su naturaleza como un servicio imparcial y la necesidad de la autonomía de la organización llamada a prestarla, en condiciones que satisfagan las expectativas de los ciudadanos. En esa medida, la autonomía presupuestaria se presenta como el elemento fundamental para que se den las condiciones para que el servicio pueda prestarse con solvencia y, de esta forma, se cumpla con una de las finalidades del Estado contribuyéndose a la paz social, favoreciendo la construcción de un Poder Judicial moderno y adaptado a nuestros tiempos, fuertemente tecnificado y con presencia en todo el país.

La interpretación constitucional como "cierre" del debate constituyente

36. He querido desarrollar estos argumentos que son, según creo, junto a los que mis colegas han desarrollado en la sentencia, los que permitan definir una opción interpretativa que quedó, como digo en mi fundamento de voto, "abierta" en el debate constituyente. Estas razones permitan ahora, sin género de duda, definir el debate a favor del Poder Judicial.
37. El Poder Judicial, en el proceso de elaboración de su presupuesto, no puede estar sometido a interferencia alguna de parte del Poder Ejecutivo, menos a que éste sustituya su proyecto por otro no elaborado por los órganos de gobierno interno del Poder Judicial. El artículo 145°, para ser compatible con los derechos reconocidos por la Constitución y con la tutela de los mismos, que la propia carta fundamental reserva de modo exclusivo al Poder Judicial, no puede sino ser interpretado como una facultad que debe ser ejercida por este Poder del Estado sin que el Ejecutivo pueda modificarlo a la hora de elaborar el proyecto de Ley de Presupuesto. Una lectura distinta supondría una seria amenaza para la autonomía institucional del Poder Judicial y, a la larga, para la independencia de los jueces.

Con estas consideraciones, como ya he dejado adelantado, concuerdo con el Fallo de la Sentencia.

SS.

GONZALES OJEDA



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. Identifique el objeto de la controversia.

2. ¿Cómo usted resolvería el caso?

3. ¿Cómo prevendría una situación como la expuesta?

Segundo Caso

CASO SORENSON

Caso Sorenson²

La señora Sorenson sufrió una artritis reumatoide y durante muchos años tomó un medicamento genérico, *inventum*, para calmar su sufrimiento. Durante ese periodo el *inventum* fue fabricado y comercializado bajo diferentes nombres por once compañías farmacéuticas distintas.

De hecho, el medicamento tenía efectos secundarios serios e ignorados, que los fabricantes deberían haber conocido, y la señora Sorenson sufrió un daño cardíaco permanente por tomarlo.

Le resultó imposible de que fabricante eran las píldoras que había estado tomando, cuando había tomado qué píldoras y, por supuesto, fue incapaz de demostrar las píldoras de qué fabricante la habían realmente dañado.

Demandó conjuntamente a todas las compañías farmacéuticas que habían fabricado *inventum* y **sus abogados argumentaron** que cada una de ellas era responsable en proporción a su cuota de mercado respecto al medicamento durante los años de su tratamiento.

Las compañías farmacéuticas contestaron que la solicitud de la demandante era completamente nueva y contradecía una premisa muy asentada en derecho de daños, como es la de que nadie es responsable por un daño cuando no se ha demostrado que es el causante. Dado que la señora Sorenson no pudo demostrar que algún demandado en particular había causado el daño o al menos fabricado alguna porción del *inventum* que tomó, las compañías farmacéuticas mantuvieron que no podía recibir indemnización por parte de ninguna de ellas.

Precisiones adicionales: En efecto, no existe ninguna Ley aplicable al caso concreto dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la Constitución se obliga dentro de los Principios de la Administración de Justicia, en su *artículo*

²Dworkin, Ronald, La justicia con toga, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, pág.162 y 163.

139.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:* 8. El principio de no **dejar de administrar justicia por vacío** o deficiencia de la ley. En tal caso, deben **aplicarse los principios generales del derecho** y el derecho consuetudinario.



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. Identifique el objeto de la controversia.

2. ¿Cómo usted resolvería el caso?

3. ¿Cómo prevendría una situación como la expuesta?

Tercer Caso

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

Sentencia de 5 de febrero de 2001
(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso "La Última Tentación de Cristo" (caso Olmedo Bustos y otros), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces:

Antônio A. Cançado Trindade, Presidente
Máximo Pacheco Gómez, Vicepresidente
Hernán Salgado Pesantes, Juez
Oliver Jackman, Juez
Alirio Abreu Burelli, Juez
Sergio García Ramírez, Juez y
Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez;

presentes, además,

Manuel E. Ventura Robles, Secretario y
Renzo Pomi, Secretario adjunto

de conformidad con los artículos 29 y 55 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), dicta la siguiente Sentencia en el presente caso.

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 15 de enero de 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile (en adelante "el Estado" o "Chile") que se originó en una denuncia (No. 11.803) recibida en la Secretaría de la Comisión el 3 de septiembre de 1997. En su demanda, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y los artículos 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 12 (Libertad de Conciencia y de Religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.

2. Según la demanda, dichas violaciones se habrían producido en perjuicio de la sociedad chilena y, en particular, de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de "la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película 'La Última Tentación de Cristo' confirmada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile [...] con fecha 17 de junio de 1997."

3. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que:

1. Autor[ice] la normal exhibición cinematográfica y publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo".

2. Adec[úe] sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la Convención Americana, [con el] fin de eliminar la censura previa a las producciones cinematográficas y su publicidad.

3. Asegur[e] que los órganos del poder público[,] sus autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus diferentes potestades, ejerzan [efectivamente] los derechos y libertades de

expresión, conciencia y religión reconocidos en la Convención Americana, y [...] se abstengan de imponer censura previa a las producciones cinematográficas.

4. Repar[e] a las víctimas en este caso por el daño sufrido.
5. Efect[úe] el pago de costas y reembols[e] los gastos incurridos por las víctimas para litigar este caso tanto en [el] ámbito interno como ante la Comisión y la Honorable Corte, además de los honorarios razonables de sus representantes.

VII

HECHOS PROBADOS

60. Del examen de los documentos, de la declaración de los testigos y peritos, y de las manifestaciones del Estado y de la Comisión, en el curso del presente proceso, esta Corte considera probados los siguientes hechos:

- a. El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile de 1980 establece un "sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica."
- b. El Decreto Ley número 679 de 1 de octubre de 1974 faculta al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El Reglamento de dicha ley está contenido en el Decreto Supremo de Educación número 376 de 30 de abril de 1975. Dicho Consejo de Calificación Cinematográfica es parte del Ministerio de Educación.
- c. El 29 de noviembre de 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", ante una petición que le hiciera la "United International Pictures Ltda". Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia de 14 de marzo de 1989.
- d. El 11 de noviembre de 1996 el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", ante una nueva petición de la "United

International Pictures Ltda" y, en sesión número 244, autorizó su exhibición, por mayoría de votos, para espectadores mayores de 18 años.

e. Ante un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica adoptada en sesión número 244 el 11 de noviembre de 1996.

f. Ante una apelación interpuesta por los señores Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, el 17 de junio del mismo año la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada.

g. El 14 de abril de 1997 el entonces Presidente de la República, Excelentísimo señor Eduardo Frei Ruiz-Tagle, dirigió un mensaje a la Cámara de Diputados por el cual presentaba un proyecto de reforma constitucional al artículo 19 número 12 de dicha norma, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística.

h. El 17 de noviembre de 1999 la Cámara de Diputados aprobó, por 86 votos a favor, sin votos en contra y con seis abstenciones, el proyecto de reforma constitucional tendiente a eliminar la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

i. Hasta el 5 de febrero de 2001, fecha del dictado de esta Sentencia, el proyecto de reforma constitucional no había completado los trámites para su aprobación.

j. Producto de los hechos del presente caso, las víctimas y sus representantes presentaron elementos para acreditar gastos en la tramitación de los diferentes procesos internos e internacionales, y la Corte se reservó la atribución de valorarlos.

VIII

ARTÍCULO 13

LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

Alegatos de la Comisión

61. En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión alegó que:
- a. el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile permite la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas. Además, el Poder Ejecutivo, a través del Consejo de Calificación Cinematográfica, ha establecido en múltiples oportunidades censuras a la exhibición de películas. En este sentido, el Poder Judicial ha privilegiado el derecho al honor en perjuicio de la libertad de expresión;
 - b. la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificada por la Corte Suprema de Justicia, viola el artículo 13 de la Convención, ya que éste señala que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a censura previa. Además, el objeto de esta norma es proteger y fomentar el acceso a información, a las ideas y expresiones artísticas de toda índole y fortalecer la democracia pluralista;
 - c. el deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información de todo tipo se extiende a "la circulación de información y a la exhibición de obras artísticas que puedan no contar con el beneplácito personal de quienes representan la autoridad estatal en un momento dado";
 - d. hay tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión: las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención;
 - e. las responsabilidades ulteriores están reguladas en el artículo 13.2 de la Convención y sólo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros. Esta restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades

ulteriores se dispone como "garantía de la libertad de pensamiento evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden *a priori* excluidos del debate público". En este caso no se utilizó este tipo de restricción, sino que se censuró la obra cinematográfica en forma previa a su exhibición;

f. los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a calificación con el objeto de regular el acceso de los menores de edad, tal y como lo señala el artículo 13.4 de la Convención. En el presente caso el Consejo de Calificación Cinematográfica permitió el acceso de la película a los mayores de 18 años. Sin embargo, con posterioridad a esta calificación, los tribunales internos procedieron a prohibir de plano su exhibición;

g. el artículo 13.5 de la Convención establece la obligación positiva del Estado de evitar la diseminación de información que pueda generar acciones ilegales. Este caso no se enmarca dentro de este supuesto, ya que la versión cinematográfica de Martin Scorsese ha sido definida como obra artística de contenido religioso sin pretensiones propagandísticas. Por otra parte, en el curso del proceso ante los tribunales locales y durante el trámite ante la Comisión, nunca se invocó la excepción establecida en este artículo. Además, este inciso 5 del artículo 13 debe entenderse dentro del principio establecido en el inciso 1 del mismo artículo, es decir, que "quienes hagan apología del odio religioso deben estar sujetos a responsabilidades ulteriores conforme a la ley";

h. la censura previa impuesta a la película "La Última Tentación de Cristo" no se produjo en el marco de las restricciones o motivaciones previstas en la Convención. El rechazo a la exhibición de la película se fundamentó en que supuestamente resultaba ofensiva a la figura de Jesucristo, y por lo tanto afectaba a quienes petitionaron ante la Justicia, a los creyentes y "demás personas que lo consideran como su modelo de vida". La prohibición de la proyección de la película se basó en la supuesta defensa del derecho al honor, a la reputación de Jesucristo;

i. el honor de los individuos debe ser protegido sin perjudicar el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de recibir información. Además, el artículo 14 de la Convención prevé que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio tiene el derecho de efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta;

- j. no hay controversia en cuanto a la violación de esta norma, ya que Chile manifestó que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ratificada por la Corte Suprema de Justicia constituye una violación a la libertad de expresión;
- k. de la declaración rendida por los peritos ante la Corte se demostró la existencia de una conducta reiterada que consiste en que, frente a casos en los que se observa una tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de ciertas personas, los tribunales chilenos prefieren la restricción a la libertad de expresión, lo cual violenta el principio de indivisibilidad de los derechos humanos;
- l. el Estado es responsable por los actos del Poder Judicial aún en los casos en los que actúe más allá de su autoridad, independientemente de la postura de sus otros órganos; si bien internamente los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, todos ellos conforman una unidad indivisible y por lo mismo el Estado debe asumir la responsabilidad internacional por los actos de los órganos del poder público que transgredan los compromisos internacionales;
- m. el ordenamiento jurídico vigente en Chile ha incorporado, de pleno derecho, los derechos y libertades consagrados en la Convención en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política. Es decir, existe una obligación de respeto a los derechos humanos sin necesidad de modificación legal o constitucional. Además, los tribunales chilenos han aplicado la Convención en relación con derechos en ella contemplados sin necesidad de modificación legal o constitucional; por ejemplo se ha dado preferencia a la libertad personal sobre las leyes internas que regulan la prisión preventiva en el delito de giro doloso de cheques; y
- n. una eventual reforma de la Constitución Política en materia de libertad de expresión no haría desaparecer con efecto retroactivo las violaciones de los derechos humanos de las presuntas víctimas en que ha incurrido el Estado en el presente caso.

Alegatos del Estado

62. Por su parte, el Estado alegó que:

- a. no tiene discrepancias sustantivas con la Comisión; no controvierte los hechos lo cual no significa aceptar responsabilidad en lo que respecta a los hechos;

- b. el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en mensaje al Congreso, ha señalado la posición del Gobierno de Chile en contra de la censura previa y ha reconocido que la libre expresión de ideas y creaciones culturales forma parte de la esencia de una sociedad de hombres libres dispuestos a encontrar la verdad a través del diálogo y la discusión y no mediante la imposición o la censura. En democracia no puede existir censura previa ya que un sistema democrático supone una sociedad abierta con libre intercambio de opiniones, argumentos e informaciones;
- c. el Gobierno no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en el sentido de dar preferencia al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión;
- d. el proyecto de reforma constitucional ya fue aprobado por la Cámara de Diputados. Dicho proyecto consagra como garantía constitucional la libertad de crear y difundir las artes sin censura previa y sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades; reemplaza la censura en la exhibición de la producción cinematográfica por un sistema de calificación de dicha producción; y elimina la censura en la publicidad de la producción cinematográfica. Esta reforma dará certeza jurídica suficiente para que las autoridades judiciales tengan las herramientas legales para resolver conforme al ordenamiento interno e internacional los conflictos que se le presenten;
- e. un acto contrario al derecho internacional producido por el Poder Judicial puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial. En particular se requiere la aquiescencia del órgano encargado de las relaciones internacionales que es el Poder Ejecutivo, lo que no se da en el presente caso;
- f. Chile no ha invocado el derecho interno para desvincularse de una obligación surgida de un tratado internacional; y
- g. solicitó a la Corte que declare que Chile se encuentra en un proceso para que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo".

*

* *

Consideraciones de la Corte

63. El artículo 13 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

64. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.

68. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.

69. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que

[la] función supervisora [de la Corte le] impone [...] prestar una atención extrema a los principios propios de una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.

Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume 'deberes y responsabilidades', cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.

70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (*supra* párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia

Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

IX

ARTÍCULO 12

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Alegatos de la Comisión

74. En cuanto al artículo 12 de la Convención, la Comisión alegó que:
- a. "la prohibición del acceso a esta obra de arte con contenido religioso se basa en una serie de consideraciones que interfieren de manera impropia con la libertad de conciencia y [de] religión de las [presuntas] víctimas" y del resto de los habitantes de Chile, lo cual viola el artículo 12 de la Convención;
 - b. el reconocimiento de la libertad de conciencia se funda en el reconocimiento mismo del ser humano como ser racional y autónomo. La protección del derecho a esta libertad es la base del pluralismo necesario para la convivencia en una sociedad democrática que, como toda sociedad, se encuentra integrada por individuos de variadas convicciones y creencias;
 - c. conforme al artículo 12 de la Convención, "el Estado debe tomar las medidas necesarias y proporcionales para que las personas que

profesan públicamente sus creencias conduzcan sus ritos y lleven a cabo su proselitismo dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática". Esta norma exige abstención estatal de interferir de cualquier modo la adopción, el mantenimiento o el cambio de convicciones personales religiosas o de otro carácter. El Estado no debe utilizar su poder para proteger la conciencia de ciertos ciudadanos;

d. en el presente caso la interferencia estatal no se refiere al ejercicio del derecho a manifestar y practicar creencias religiosas, sino al acceso a la exhibición calificada -sujeta a restricciones de edad y al pago de un derecho de entrada- de la versión audiovisual de una obra artística con contenido religioso;

e. la interferencia estatal afecta a quienes mantienen creencias que se relacionan con el contenido religioso de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que se ven impedidos de ejercitar el derecho a la libertad de conciencia al no poder ver la película y formarse su propia opinión sobre las ideas en ella expresadas. Asimismo, afecta a quienes pertenecen a otros credos o no tienen convicciones religiosas, ya que se privilegia un credo en perjuicio del libre acceso a la información del resto de las personas que tienen derecho a acceder y formarse opinión sobre la obra;

f. los órganos del Poder Judicial prohibieron la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" basados en que la "visión de los personajes presentada en esta obra artística no se adecua a los estándares que en su opinión deberían haberse tenido en cuenta para describirlos". Esto constituye una interferencia ilegítima al derecho de mantener o cambiar las propias convicciones o creencias y afecta, *per se*, el derecho a la libertad de conciencia de las personas supuestamente agraviadas por la prohibición;

g. la Convención no sólo establece el derecho de los individuos a mantener o modificar sus creencias de carácter religioso, sino a mantener o modificar cualquier tipo de creencia; y

h. debido a que la decisión de la Corte Suprema privó a las presuntas víctimas y a la sociedad en su conjunto del acceso a información que les pudiera haber permitido mantener, cambiar o modificar sus creencias, en el presente caso se configura la violación al artículo 12 de la Convención. Prueba de ello son las declaraciones de los testigos Ciro Colombara y Matías Insunza, quienes señalaron la forma en que la censura afectó la libertad de conciencia de ambos.

Alegatos del Estado

75. Por su parte, el Estado alegó que:

a. los derechos consagrados en los artículos 12 y 13 de la Convención son de naturaleza absolutamente autónoma;

b. las conductas que la libertad de conciencia y de religión reconocen son las de conservar la religión, cambiarla, profesarla y

divulgarla. Ninguna de estas conductas está en tela de juicio al prohibir a una persona que vea una película;

c. en Chile hay absoluta libertad religiosa; y

d. solicitó a la Corte que declare que Chile no ha violado la libertad de conciencia y de religión consagrada en el artículo 12 de la Convención.

*

* *

Consideraciones de la Corte

76. El artículo 12 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

77. En el presente caso, la Comisión opina que al prohibirse la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", la cual es a su juicio una obra de arte con contenido religioso, prohibición basada en una serie de consideraciones que interfieren de manera impropia la libertad de conciencia y de religión, se violó el artículo 12 de la Convención. Por su parte, el Estado opina que no se afectó el derecho consagrado en dicho artículo al considerar que al prohibirse la exhibición de la película no se violó el derecho de las personas a conservar, cambiar, profesar y divulgar sus religiones o creencias. Corresponde a la Corte determinar si al prohibirse la exhibición de dicha película se violó el artículo 12 de la Convención.

78. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997, confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio de 1997, se señaló que

en el filme la imagen de Cristo es deformada y minimizada al máximo. De esta manera, el problema se plantea en si es posible, en aras de la libertad de expresión, deshacer las creencias serias de una gran cantidad de hombres. La Constitución busca proteger al hombre, a sus instituciones y a sus creencias pues estos son los elementos mas centrales de la convivencia y la pertenencia de los seres humanos en un mundo pluralista. Pluralismo no es enlodar y destruir las creencias de otros ya sean estos mayorías o minorías sino asumirlas como un aporte a la interacción de la sociedad en cuya base está el respeto a la esencia y al contexto de las ideas del otro.

Nadie duda que la grandeza de una nación se puede medir por el cuidado que ella otorga a los valores que le permitieron ser y crecer. Si estos se descuidan [o] se dejan manosear como se manosea y deforma la imagen de Cristo, la nación peligra pues los valores en que se sustenta se ignoran. Cuidar la necesidad de información o de expresión tiene una estrechísima relación con la veracidad de los hechos y por eso deja de ser información o expresión la deformación histórica de un hecho o de una persona. Por esto es que los sentenciadores creen que el derecho de emitir opinión es el derecho a calificar una realidad pero nunca el deformarla haciéndola pasar por otra.

Con base en estas consideraciones que dicha Corte de Apelaciones, en fallo confirmado por la Corte Suprema de Justicia, prohibió la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo".

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.

80. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana.

X

INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2

OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS Y

DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

Alegatos de la Comisión

81. En cuanto a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la Comisión alegó que:

a. Chile no ha adoptado "las medidas legislativas necesarias para garantizar y hacer efectivo[s] los derechos y libertades establecidos en la Convención en relación [con] la libertad de expresión";

b. el artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política de Chile y el Decreto Ley número 679 no se adecuan a los estándares del artículo 13 de la Convención, ya que el primero permite la censura previa en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y el segundo autoriza al Consejo de Calificación Cinematográfica a "rechazar" películas. En razón de lo anterior el Estado violó el artículo 2 de la Convención;

c. Chile debió tomar las medidas necesarias para dictar las normas constitucionales y legales pertinentes a fin de revocar el sistema de censura previa sobre las producciones cinematográficas y su publicidad y así adecuar su legislación interna a la Convención;

d. el Estado presentó un proyecto de reforma del artículo 19 número 12 inciso final de la Constitución Política, con el fin de eliminar la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación cinematográfica. Sin embargo, al no haber aprobado todavía el Congreso Nacional dicho proyecto de reforma, Chile continúa en contravención del artículo 2 de la Convención;

e. las resoluciones de los tribunales de justicia generan responsabilidad internacional del Estado. En este caso los tribunales no tomaron en consideración lo señalado en la Convención respecto de la libertad de expresión y de conciencia, aún cuando el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política reconoce como límite de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de los tratados internacionales ratificados por Chile. Es por ello que la sentencia

definitiva de la Corte Suprema, al prohibir la exhibición de la película, incumplió con la obligación de adoptar "las medidas de otro carácter" necesarias a fin de hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención;

f. si bien el Estado ha manifestado su intención de cumplir con la norma internacional, la no derogación de una norma incompatible con la Convención y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes Legislativo y Judicial para hacer efectivas dichas normas, causan que el Estado viole la Convención;

g. Chile es responsable de la violación de los derechos protegidos en los artículos 12, 13 y 2 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma; y

h. los Estados deben respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención a las personas bajo su jurisdicción, así como cambiar o adecuar su legislación para hacer efectivo el goce y el ejercicio de esos derechos y libertades. En el presente caso Chile no ha cumplido su obligación de respetar y garantizar las libertades consagradas en los artículos 12 y 13 de la Convención.

Alegatos del Estado

82. Por su parte, el Estado alegó que:

a. el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico chileno;

b. la Comisión, en su informe, señaló que valora positivamente las iniciativas del Estado tendientes a que los órganos competentes adopten, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión. Es por ello que Chile no comprende por qué la Comisión se apresuró a presentar la demanda, sobre todo teniendo en cuenta el papel complementario de los órganos interamericanos de derechos humanos;

c. es el Estado el que tiene la obligación de remediar el problema con los medios a su alcance. El 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó la sentencia en el presente caso y el Gobierno, al no asociarse con la solución adoptada, el 14 de abril de 1997 presentó un proyecto de reforma constitucional al Congreso. No es posible que cuando en un Estado se cometen errores o abusos por parte de una autoridad y las autoridades competentes están en un proceso

para remediarlos, se interponga una demanda a un tribunal internacional, desnaturalizando la función esencial del sistema internacional;

d. Chile ha asumido una actitud responsable al tratar de remediar el problema mediante un proyecto de reforma constitucional que reemplaza la censura previa de la producción cinematográfica por un sistema de calificación de dicha producción;

e. un acto del Poder Judicial contrario al derecho internacional puede generar responsabilidad internacional del Estado siempre y cuando éste en su conjunto asuma los criterios dados por el Poder Judicial. En particular se requiere la aquiescencia del órgano encargado de las relaciones internacionales, que es el Poder Ejecutivo, lo que no se da en el presente caso;

f. Chile no ha invocado el derecho interno para desvincularse de una obligación surgida de un tratado internacional; y

g. finalmente, solicitó a la Corte que declare que Chile se encuentra en un proceso para que, de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo".

Consideraciones de la Corte

83. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que
[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
84. Por su parte, el artículo 2 de la Convención establece que
[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el

ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo."

90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

XII PUNTOS RESOLUTIVOS

103. Por tanto,

LA CORTE,

por unanimidad,

1. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses

a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

5. decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.



PREGUNTAS SOBRE EL CASO

1. Identifique el objeto de la controversia.

2. ¿Cómo usted resolvería el caso?

3. ¿Cómo prevendría una situación como la expuesta?
