

# EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2011 (BALANCE JURISPRUDENCIAL)

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS\*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. CARGA PROCESAL 2011.—3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS.—4. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS.—5. BALANCE GENERAL. A MODO DE CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

El periodo jurisprudencial correspondiente al año 2011 ha sido bastante variado en lo que respecta a los casos conocidos por parte del Tribunal Constitucional Peruano.

En efecto, independientemente de algunas controversias referidas a temas que no han dejado de ser recurrentes en la casuística de nuestro Colegiado, también han sido conocidos y resueltos algunos casos sobre temas absolutamente novedosos o que, para decirlo de otro modo, no habían merecido hasta la fecha un tratamiento especial. Ello ha supuesto, más allá de la respuesta dispensada en cada oportunidad, la continuidad en el desarrollo jurisprudencial y la apuesta por seguir consolidando la presencia de nuestro Tribunal Constitucional, como Supremo Intérprete de la Constitución.

---

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

## 2. CARGA PROCESAL 2011

Durante el último periodo (2011) ingresaron al Tribunal Constitucional un total de 5890 expedientes, habiendo sido formalmente resueltos (con resoluciones publicadas) un total de 4858 expedientes<sup>1</sup>.

## 3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE EMITIDA DENTRO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

En el ámbito de los procesos constitucionales de Tutela de Derechos (Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Acción de Cumplimiento) pueden considerarse como particularmente relevantes a diversas ejecutorias. Estas últimas ya sea por su contenido, sus incidencias o el debate que han suscitado, han sido especialmente seleccionadas para el presente trabajo<sup>2</sup>.

### A) Sobre la anulación de una medida de indulto y su revisión en sede constitucional (Exp. N° 03660-2010-PHC/TC. Caso: José Enrique Crousillat Lopez Torres)

Sentencia de especial interés fue la publicada con fecha 25 de Enero del 2011 dentro del proceso de habeas corpus interpuesto por Jorge Antonio Castro Castro a favor de José Enrique Crousillat Lopez Torres contra el Ministerio Público y otros.

Objeto de cuestionamiento por el demandante sería en este caso una Resolución Suprema mediante la cual se dejaba sin efecto una Resolución Suprema anterior que había dispuesto conceder una medida de indulto a favor del favorecido Crousillat Lopez Torres. Igualmente lo serían, determinadas resoluciones judiciales que al amparo de la última de las resoluciones supremas, habían dispuesto la captura de la citada persona. A juicio del recurrente, habrían sido vulnerados sus derechos a la cosa juzgada y a la libertad individual.

<sup>1</sup> A diferencias de nuestras anteriores Crónicas Jurisprudenciales en que el balance estadístico tomaba como pauta lo resuelto hasta determinada fecha del año (por lo general hasta la quincena de Noviembre) en esta ocasión el balance que se ha realizado es mucho más integral, es decir comprende desde el primer día de Enero hasta el último día de Diciembre del 2011. Estos datos estadísticos, evidentemente mejorados, nos han sido proporcionados muy amablemente por el Lic. Jose Fernández Rodríguez de la Oficina de Presupuesto y Estadística del Tribunal Constitucional.

<sup>2</sup> En la ubicación y posterior selección de las sentencias utilizadas en el presente estudio hemos contado con la valiosa colaboración de la señorita Issamar Reymundo Martinez, a quien le estamos muy agradecidos.

La sentencia emitida dejaría en claro que aunque el indulto es una potestad del Presidente de la República que goza de la máxima discrecionalidad y que incluso, produce los efectos de la cosa juzgada, ello no significa tampoco que pueda ser ejercida sin control jurisdiccional y con absoluta arbitrariedad.

Dentro de dicho contexto y aunque por los citados efectos no podría ser una medida de indulto revocada por el propio Presidente de la República, si sería factible que la misma sea en casos excepcionales, pasible de posterior revisión e incluso, de anulación en sede constitucional. Aunque los motivos de revisión y eventual anulación no incidirían sobre la conveniencia o no del indulto, si se centrarían sobre su estricta constitucionalidad.

En el caso resuelto, el Colegiado entendió que los datos en los que se sustentó la resolución suprema que concedió el indulto resultaban equivocados, pues el Informe evacuado por la Comisión de Indultos del Ministerio de Justicia había inferido conclusiones a favor de dicha medida basándose en un presunto estado de salud del beneficiado que de ninguna manera se desprendían de los informes médicos evacuados a su vez por la Junta Médica Penitenciaria, los que solo se limitaban a recomendar un tratamiento médico especial, mas no así el beneficio finalmente otorgado.

En las circunstancias descritas el Tribunal Constitucional, asumiría que con independencia a que el Presidente de la República no haya podido anular el indulto otorgado, este último de todos modos resultaba irregular, motivo por el que se declaró su nulidad, desestimando a la par la demanda interpuesta.

Aspectos opinables de esta sentencia, podrían ser entre otros, los de no haber distinguido adecuadamente entre los conceptos de anulación y nulidad. El Tribunal, al parecer, los ha utilizado como sinónimos, lo que técnicamente no es correcto. Tampoco dijo nada el Tribunal sobre la nulidad de la Resolución que anulo el indulto. Si la lógica argumental de la sentencia es que el Presidente no podía anular sus actos en materia de indulto, lo correcto era no solo declarar la nulidad del indulto (para lo que el Tribunal dio razones suficientemente sólidas), sino de la propia resolución que administrativamente o vía resolución suprema, lo había dejado sin efecto.

B) Sobre nulidad de sentencia constitucional emitida a favor de procesados por delito de tráfico ilícito de drogas (Exp. N° 03987-2010-PHC/TC. Caso: Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros)

Caso relevante, más que por la controversia planteada, por los actores involucrados (investigados por delito de lavado de activos) sería el resuel-

to mediante sentencia también publicada con fecha 25 de Enero del 2011 dentro del proceso de habeas corpus interpuesto por Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros contra la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada de Lima.

Se trataría en este caso de un recurso de agravio especial promovido contra sentencia constitucional estimatoria en el marco de lo dispuesto en la Ejecutoria Constitucional recaída en el Exp. N° 02663-2009-PHC/TC (Caso: Edwin Walter Martínez Moreno)<sup>3</sup>.

El proceso de habeas corpus tenía como sustento una presunta vulneración del derecho a un plazo razonable en la administración de Justicia, al principio de legalidad penal y al derecho de defensa. Aunque inicialmente había sido declarado infundado por la primera instancia de la sede judicial constitucional, dicha sentencia sería revocada por la segunda instancia judicial, declarándose no solo fundada la demanda sino el archivo definitivo de la denuncia fiscal respecto de los recurrentes.

Tratándose en el presente caso de un proceso de habeas corpus que beneficiaba a un grupo de personas a las que desde hace tiempo se venía investigando por ser presuntamente integrantes de una red dedicada al tráfico ilícito de drogas y el lavado de activos, se consideró abiertamente desproporcionada la sentencia constitucional emitida por el Poder Judicial que en poco o nada ayudaba al Estado en su lucha frontal contra delitos como los indicados. Fue esta la razón por la que el Procurador Público interpondría el consabido recurso de agravio especial en representación del Estado, dando lugar a que posteriormente y luego de un análisis detenido el Tribunal Constitucional declarara infundada la demandada de habeas corpus tras considerar que no había quedado acreditada la vulneración de los derechos reclamados. En tales circunstancias el Colegiado declarararía la nulidad de la sentencia constitucional emitida por el Poder Judicial y todo lo que de ella derivara, quedando automáticamente sin efecto el archivamiento de la investigación en su momento decretada.

Esta ejecutoria fue bien recibida por diversos sectores de opinión.

C) Sobre los principios de independencia e imparcialidad del juzgador y la nulidad de resoluciones emitidas en la jurisdicción arbitral (Exp. N° 02851-2010-PA/TC. Caso: IVESUR S.A.)

Mediante sentencia publicada con fecha 16 de Marzo del 2011 el Tribunal Constitucional se pronunciaría dentro del proceso de amparo promo-

<sup>3</sup> Cfr. al respecto Luis SÁENZ DÁVALOS, «El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2010 (Balance Jurisprudencial)»; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 15; Madrid 2011; pp. 692-693.

vido por IVESUR S.A. contra los Vocales integrantes del Consejo Superior de Arbitraje perteneciente al centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, tras considerar que la emisión de determinadas resoluciones en el curso de un proceso arbitral seguido entre la recurrente y LIDERCON S.L. resultaban violatorias de diversos derechos constitucionales y particularmente de los principios de independencia e imparcialidad.

Lo que se reclamaba en este caso es que el Consejo demandado, integrado entre otros, por don Alonso Rey Bustamante, haya procedido a designar como uno de los árbitros que dilucidaría la controversia entre IVESUR S.A. y LIDERCOM S.L. a don Jorge Vega Velasco, cuando para la fecha en que se produjo dicha designación, Alfonso Rey Bustamante aún oficiaba como apoderado y abogado de una de las citadas empresas (en este caso, LIDERCON S.A.).

Aunque el Consejo demandado argumentaría que Alfonso Rey Bustamante formaba parte del Consejo pero no había participado en la elección del árbitro Jorge Vega Velasco (habiendo incluso renunciado a su cargo de integrante del Consejo, precisamente por las constantes reclamos IVESUR S.A.) la recurrente no quedaría conforme por considerar que el Consejo no podía darse la libertad de permitir intromisiones de quien se encontrara vinculado a una de las partes.

El Tribunal Constitucional consideraría que en este caso y de acuerdo a la evaluación de los hechos en su conjunto, efectivamente podría verse comprometido el principio de independencia en una de sus más importantes manifestaciones como lo es la imparcialidad, enfatizando en que esta última debe guiarse entre otras máximas, por la regla de la apariencia que exige tomar en cuenta elementos tanto subjetivos como objetivos en la definición de quien habrá de officiar como juzgador. En tales circunstancias consideraría que el Consejo demandado, no tomó las medidas adecuadas que garantizaran a plenitud los principios de independencia e imparcialidad, motivo por el que optaría por declarar fundada la demanda disponiendo la nulidad tanto de la resolución que designo como árbitro a Jorge Vega Velasco como de la resolución que desestimo el pedido de nulidad deducido en vía arbitral por la recurrente.

La sentencia así expedida no estaría exenta de ciertas críticas provenientes de sectores vinculados al arbitraje peruano que, para decirlo en sus reales términos, nunca vieron con agrado la opción de un amparo arbitral, como en su día también ocurrió con la Sentencia recaída en el Exp. N° 05311-2007-PA/TC (Caso: Compañía Distribuidora S.A.)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Al respecto Luis SÁENZ DÁVALOS, «El Tribunal Constitucional Peruano durante los años 2008-2009 (Balance Jurisprudencial)»; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 14; Madrid 2010; p. 646.

D) Sobre la inscripción de medidas sancionadoras en el Registro Nacional de Sanciones y la presunción de inocencia (Exp. N° 03712-2010-PA/TC. Caso: Demetrio Pedro Durand Saavedra).

Sentencia que consideramos interesante pero en alguna medida opinable, sería emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 17 de Marzo del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por Demetrio Pedro Durand Saavedra contra la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido.

Objeto de reclamo sería en este caso la inscripción de la sanción de inhabilitación aplicada sobre recurrente, cuando dicha medida al igual que el despido que le dio origen, venían siendo cuestionados ante el Poder Judicial mediante un proceso contencioso administrativo. A juicio del recurrente, tal inscripción vulneraba sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional desestimaría por infundada la demanda interpuesta bajo la consideración de que el Registro Nacional de Sanciones no vulnera los derechos invocados habida cuenta que las sanciones que en él se registran son resultado de procedimientos disciplinarios en los cuales el afectado ha tenido la oportunidad de defenderse, no pudiendo inferirse que por el hecho de reclamarse de las citadas sanciones tengan que ser estas suspendidas o levantadas mientras dure el respectivo proceso judicial. En todo caso y según advierte el Colegiado, será dentro del respectivo proceso (en el que se impugna la sanción) donde deberá evaluarse la fundabilidad del pedido.

Desde nuestro punto de vista no se trata de una sentencia equivocada, pero creemos que podría haber sido más previsor, pues no siempre los procesos en los que se sanciona a un trabajador de la administración pública han sido escrupulosamente observantes de su derecho a la defensa como el Tribunal genéricamente lo afirma (por lo demás, una enorme cantidad de causas constitucionales así lo demuestra). Consideramos que debió enfatizarse en la necesidad de que el juez constitucional (y no solo el que conoce de la impugnación a la sanción) evalúe caso por caso, eventuales solicitudes de suspensión pues podrían presentarse supuestos en los que la inscripción de la sanción en el Registro aquí mencionado originen perjuicios irreparables.

Una formula mucho más original y típica de las opciones innovativas también podría haber sido, no la de suspender la inscripción de las medidas sancionadoras, pero si tal vez, la de consignar que dichas medidas se encuentran cuestionadas en sede jurisdiccional.

E) Sobre la libertad religiosa, la presencia de Crucifijos y Biblias de los despachos y Salas del Poder Judicial y la indagación de la religión por la que se profesa en el curso de los interrogatorios (Exp. N° 06111-2009-PA/TC. Caso: Jorge Manuel Linares Bustamante)

Uno de los casos más relevantes sobre los que nuestro Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse durante el periodo que venimos examinando ha sido el resuelto mediante sentencia publicada con fecha 22 de Marzo del 2011 dentro del proceso de amparo interpuesto por Jorge Manuel Linares Bustamante contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Se reclamaban en esta ocasión específicamente dos cosas a) que la presencia de Crucifijos y Biblias en los despachos y Salas del Poder Judicial constituía una abierta transgresión del carácter laico que tiene el Estado peruano así como del derecho a la libertad religiosa, que garantiza que los no creyentes en la religión católica no tengan porque verse perturbados por el uso oficial de símbolos que no son los del pensamiento que profesan, b) Que la práctica de interrogar por la religión que se profesa durante el curso de los interrogatorios judiciales, fomentaría una abierta intromisión de la libertad religiosa en su vertiente negativa, que lejos de coadyuvar a los objetivos del proceso, generaría prejuicios negativos respecto de aquellas personas que no comparten la religión católica.

El Tribunal Constitucional emitiría en este caso una fundamentada sentencia en la que abordaría los diversos aspectos que plantea la libertad religiosa, superando ostensiblemente los criterios que en el pasado se habían manejado sobre este mismo derecho a la luz de algunos casos no siempre resueltos de la manera más adecuada<sup>5</sup>. Por otra parte sería esta una Ejecutoria expedida en un escenario en el que Cortes Constitucionales y ordinarias de otros países o incluso Tribunales Internacionales de Derechos Humanos (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), venían debatiendo controversias bastante similares a la planteada en nuestro país<sup>6</sup>.

Lo que el Colegiado finalmente nos diría sobre el primer extremo de la demanda es que la colocación de Crucifijos y Biblias en los Despachos

---

<sup>5</sup> Es lo que podría decirse de sentencias como la recaída en el Exp. N° 3283-2003-AA/TC (Caso: TajMahalDiscoteque y otro) que al margen de haber sentado algunos importantes criterios en materia de libertad religiosa, se resolvió de una manera bastante opinable.

<sup>6</sup> Nos referimos a casos como por los ventilados ante el Tribunal Constitucional austriaco (en el que se debatía sobre la presencia de Crucifijos en las escuelas públicas), ante el Tribunal Supremo Italiano (en el que se discutía sobre la utilización de Crucifijos en las Salas de la judicatura) o el más importante de todos, el Caso SoileLautsi resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el que se debatía sobre la presencia de Crucifijos en las aulas de enseñanza escolar).

y Salas del Poder Judicial no atenta contra la libertad religiosa por cuanto su presencia responde no a una voluntad de identificar al Estado o a sus instituciones con la religión católica, sino al influjo histórico del factor religioso en el desarrollo de la cultura y tradición de nuestro país. Incluso el que nuestra Constitución disponga un régimen de colaboración con la religión católica, no implica en modo alguno la recepción oficial de la misma, sino el reconocimiento de sus aportes como parte integrante de nuestro proceso de formación histórica, no siendo nuestro modelo el de un Estado confesional sino el de uno sustentado en el principio de laicidad con todas las implicancias que el mismo representa.

Detalle especial a tomar en cuenta es que para el Tribunal lo que protege la libertad religiosa y el principio de laicidad del Estado no son emociones meramente subjetivas, sino el que las personas no puedan ser obligadas a compartir la religión católica o cualquier otra forma de creencia o pensamiento religioso, lo que en el caso planteado no se ha dado ni tampoco podría darse pues el recurrente ni ninguna persona se ha visto obligada a subordinar su conducta a los parámetros o a los propios símbolos de una determinada religión.

En tales circunstancias el primer extremo de la demanda sería desestimado por infundado.

En lo que respecta al segundo extremo de la demanda, las cosas serían distintas. El Colegiado entendería que en efecto, la arraigada costumbre de interrogar a cualquier persona que participa de un proceso en torno de la religión que profesa resultaría una evidente invasión de su libertad religiosa además de un comportamiento a todas luces irrazonable, pues el conocimiento de la citada orientación en nada coadyuva a los objetivos de un proceso, generando por el contrario el riesgo de tratar a las personas a partir del dato que ofrece su identificación con determinados modos de pensar.

Naturalmente se dejaría en claro, que aunque podrían haber casos en los que el conocimiento de la religión del procesado fuese absolutamente necesario (como ocurre en las investigaciones de delitos perpetrados por un móvil religioso) ello resultaría absolutamente excepcional y por ende no validaría como regla una práctica como la cuestionada.

El Tribunal declararía fundada la demanda en este segundo extremo, con el añadido de que la prohibición de interrogar por la religión que se profesa, no solo sería aplicable para las jueces, sino para todo tipo de autoridades, lo que en rigor nos parece totalmente correcto.

Esta sentencia sería muy bien recibida en la comunidad académica, por haber zanjado de una manera bastante sensata o ponderada diversos temas que a pesar de todo y durante mucho tiempo, no han estado exentos de frecuente discusión.



F) Sobre el control de las resoluciones emitidas por el Ministerio Público y el derecho a la debida motivación

Con fecha 28 de Abril del 2011, se emitiría sentencia dentro del proceso de amparo interpuesto por Florencio Jesús Navarro Sánchez contra la Fiscal de la Nación, doctora Adelaida Bolivar Arteaga. Cuestionaba el recurrente que se haya desestimado por parte del Ministerio Público la denuncia penal que por delito de prevaricato formuló en su momento contra la Magistrada a cargo del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz.

Es conveniente precisar al respecto que el origen del problema radicaba en que el demandante había planteado inicialmente una demanda de alimentos contra su ex conviviente presuntamente por encontrarse en un estado de precariedad económica, demanda que había sido rechazada por la antes referida Magistrada del Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz bajo la consideración de que no se había cumplido con la cancelación de una tasa judicial, la misma que sin embargo y según el dicho del recurrente no procedía por encontrarse exento de dicho pago de acuerdo a ley, habida cuenta del monto de dinero que representaba su pretensión alimentaria. Ante tal circunstancia y por tratarse de una resolución judicial emitida contra normas expresas, es que el recurrente plantearía su denuncia por prevaricato, lo que originaría que la autoridad del Ministerio Público desestime la misma bajo la consideración de que la autoridad judicial demandada había actuado dentro de la discrecionalidad que le ofrece la ley, la cual no tiene carácter imperativo, admitiendo más bien, diversas opciones interpretativas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional había dejado en claro desde sentencias como la recaída en el Exp. N° 06167-2005-PHC/TC (Caso: Fernando Cantuarias Salaverry) que es perfectamente posible fiscalizar en sede constitucional los actos del Ministerio Público. En concordancia con ello, el caso planteado ofrecía dicha posibilidad pues más allá de que la tendencia general haya sido reconocer una amplia discrecionalidad en las funciones ejercidas por el Ministerio Público, el Colegiado no podía permanecer indiferente ante un caso en el que la motivación en la que se sustentó una de sus decisiones adoleciera de notorios defectos en su configuración

En efecto, la sentencia emitida por parte del Tribunal Constitucional, dejaría absolutamente establecido que a contrario sensu de lo sostenido por el Ministerio Público, tanto el Artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el Artículo 562° del Código Procesal Civil, son normas totalmente claras cuando eximen de tasas judiciales al demandante de alimentos cuya pretensión económica se encuentra dentro de estándares cuantitativos como aquellos por los que reclama el recurrente. No siendo dicha

eximencia una norma sujeta a manejo discrecional ni mucho menos a matices interpretativos, quedaría evidenciado que la decisión del Ministerio Público de desestimar la denuncia penal formulada por el recurrente resultaba a todas luces arbitraria, pretendiendo en el fondo y como lo deduce el Colegiado validar un perjuicio social inaceptable como lo era el hecho de que el alimentista (en su condición de varón) se haya atrevido a demandar a su exconviviente (en su condición de mujer).

G) Sobre procedimiento expropiatorio inconstitucional y sustracción de materia con declaración sobre el fondo de la controversia (Exp. N° 3258-2010-PA/TC. Caso: Emerson Torres Fernández en representación de Tito Javier Fernández Rodríguez)

Ejecutoria interesante aunque no por ello exenta de algunos aspectos opinables, sería publicada con fecha 10 de Mayo del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por Emerson Torres Fernández en representación de Tito Javier Fernández Rodríguez contra el Alcalde Distrital de Milpuc (Provincia de Rodríguez de Mendoza).

Lo que se cuestionaba en este caso era que el Alcalde del municipio demandado, so pretexto de llevar a cabo un proyecto de encausamiento de las quebradas Shasquila y Caliche haya procedido a expropiar parte de los terrenos del recurrente sin haber cumplido con el procedimiento establecido por la Constitución que exigía razones de seguridad nacional o de necesidad públicas declaradas por ley y la previa determinación del justiprecio correspondiente. A juicio del demandante, con estos actos se habría vulnerado su derecho de propiedad.

Lo que había ocurrido en el presente caso es que efectivamente, la Municipalidad demandada había decidido iniciar un conjunto de acciones tendientes a materializar el Proyecto de encausamiento de dos quebradas que atravesaban por un conjunto de predios, uno de los cuales era de propiedad del recurrente. Justificaciones respecto de la necesidad pública de tal proyecto evidentemente existían de acuerdo a lo que aparecía del expediente constitucional (se buscaba proteger grandes extensiones de terrenos agrícolas que en épocas de lluvias eran perjudicadas por las inundaciones a la par que garantizar el normal desarrollo de la campaña de producción sobre dichos terrenos). Sin embargo, la municipalidad no había procedido conforme al procedimiento determinado por la Constitución, optando por la presunción de que si el resto de propietarios había consentido la afectación de sus propiedades, lo mismo tenía que suceder con el recurrente.

La sentencia que el Tribunal Constitucional emitiría en este caso optaría por declarar la sustracción de materia habida cuenta de que el proyec-

to de encausamiento cuestionado ya se venía materializando y que por tanto no podía darse marcha atrás como lo pretendía el recurrente. Sin embargo tomando en consideración que la afectación a la propiedad de todos modos se había producido, optaría por aplicar el Artículo 1º, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional que habilita al juez a que en los casos de sustracción de materia con evidente acreditación de la vulneración, pueda estimarse la demanda haciendo la advertencia de que conductas como las cuestionadas no tengan que volver a repetirse bajo los apercibimientos sancionatorios que el mismo Código establece. Por lo demás y de acuerdo a lo establecido por la Constitución, dejaría a salvo el derecho del demandante de acudir a la vía judicial con el objeto de solicitar una indemnización.

La parte polémica que nos ofrece esta ejecutoria radica sin embargo en la forma como ha determinado el Colegiado que procede la indemnización para este específico caso. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 70º de nuestra Constitución, es la autoridad administrativa la que determina de manera previa a la expropiación, una indemnización justipreciada. Solo si el afectado en su propiedad no está de acuerdo con el monto de dinero que se le ofrece es que debe acudir a la vía judicial a efectos de discutir el citado monto. La idea no es pues que ante la expropiación se debe acudir al Poder Judicial para pedir indemnización, ya que por principio la afectación a la propiedad ya está acreditada y por tanto no está en cuestionamiento el derecho a ser indemnizado. Lo que se discute en la vía judicial es el monto indemnizatorio, no el derecho a la indemnización.

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, por sorprendente que parezca, no ordena a la demandada (en este caso, la Municipalidad) que indemnice al demandante sino que lo envía a este a reclamar su indemnización a la vía judicial, cuando no es eso lo que manda la Constitución.

Una presunción a favor del Tribunal sería la de pensar que ha evitado declarar el derecho a la indemnización bajo la lógica de que si lo hace tendría que fijar montos dinerarios (lo que no es propósito del proceso constitucional). Sin embargo, tampoco tendría porque ser así, ya que hubiese bastado con que ordenara a la Municipalidad demandada indemnizar al demandante, dejando a esta en la plena libertad de cuantificar el monto indemnizatorio (lo que ordena la Constitución cuando de procedimientos expropiatorios se trata) estableciendo que solo en el caso de que este último no sea conforme, es que se tenga derecho de acudir a la vía judicial<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Por lo demás no sería este el primer caso en el que hubiese podido declarar el derecho a la indemnización, dejando a la vía judicial, solo la determinación del monto. Hace años atrás nuestro Colegiado conoció de un caso en el que dejó claramente establecido que la indemnización en cuanto derecho sí podía ser declarada en sede constitucional y que lo único que debía discutirse en la vía judicial ordinaria es el monto indemnizatorio (Cfr. Exp. N° 1277-1999-AC/

H) Sobre el respeto a la libertad religiosa y el carácter laico del Estado Peruano (Exp. N° 05680-2009-PA/TC. Caso: Félix Wagner Arista Torres)

Caso de particular relevancia sería resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia publicada con fecha 16 de Mayo del 2011 dentro del proceso de amparo interpuesto por don Félix Wagner Arista Torres contra el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito de Amazonas, don Osvaldo Bautista Carranza.

Lo que se reclamaba por parte del recurrente era que el demandado, aprovechándose de la condición de ser su superior haya venido vulnerando sus derechos a no ser discriminado y a la libertad religiosa. Según afirmaba en la demanda, el emplazado por venganza personal le negaba una serie de derechos que a otros colegas suyos, también fiscales, si les concedía, siendo esta actitud fruto de una antipatía, por el hecho de que el recurrente pertenecía al órgano de control del Ministerio Público y que como tal, le correspondía también fiscalizar al demandado. Su reclamo central, sería sin embargo el de la vulneración de su libertad religiosa, pues según alegaba, el emplazado, utilizando las facultades que le brindaba su cargo de Presidente de la Junta de Fiscales había aprobado resoluciones administrativas mediante las que le imponía tanto al recurrente como al resto de trabajadores del Ministerio Público del Distrito de Amazonas, la obligación de participar durante todo el año en ceremonias de adoración al niño Jesús y a la Sagrada Familia.

El Tribunal Constitucional llegaría a la conclusión de que en el presente caso existía sustracción de materia por cese de la afectación habida cuenta que los hechos cuestionados en la demanda, si bien habían quedado acreditados, ya no se venían presentando a la fecha de la sentencia al haberse suscitado o emitido dentro de determinados periodos de tiempo, no habiéndose renovado o vuelto a reiterar. Ello no obstante, tomando en consideración la magnitud de los agravios producidos y la pertinencia de que conductas como las cuestionadas no deban volverse a repetir, de todos modos se declararía fundada la demanda de conformidad con el Artículo 1°, segundo párrafo del Código procesal Constitucional efectuándose al efecto los apercibimientos de ley.

Es en este escenario donde cobra importancia la ejecutoria sentada, pues el Colegiado pasaría a analizar los dos extremos reclamados.

En cuanto al primero de ellos, la sentencia llegaría a la conclusión de que los actos de discriminación habían quedado acreditados si se analizaban de manera conjunta las diversas conductas asumidas por el demanda-

---

TC. Caso: Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros). Aunque por supuesto en el referido caso no se trataba de un proceso expropiatorio, vale la pena trazar el paralelismo.

do en relación con el demandante (excluirlo de ceremonias oficiales del Ministerio Público, negativas de concederle licencias existiendo razones justificadas, etc.) así como la evidente y plenamente comprobada enemistad existente entre los mismos.

En lo que respecta al segundo extremo del reclamo, el Tribunal sería enfático en advertir lo arbitrario de la conducta asumida por el demandado, quien en base al cargo que ocupaba había emitido resoluciones administrativas en las que obligaba imperativamente a los trabajadores del Ministerio Público (Distrito Judicial de Amazonas) a ser partícipes de ceremonias o actos de adoración a la imagen del niño Jesús y la Sagrada Familia, calendarizando incluso el rol de dichas actividades sin respetar la libertad religiosa de los involucrados.

La sentencia dejara en claro de que el hecho de que la religión católica se constituya en un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y de que sea compartida por una gran mayoría de personas, no significa que desde el ámbito de la administración, se imponga la práctica de costumbres y ritos religiosos, pues en nuestro modelo constitucional el Estado es laico y no confesional y si bien se le presta colaboración a la iglesia católica precisamente sobre la base del reconocimiento del aporte que ha tenido en nuestra formación histórica, ello no supone identificación ni asunción de postura oficial en torno a la religión. En tales circunstancias utilizar el vínculo institucional creado entre autoridades y trabajadores para imponer conductas abiertamente confesionales, lesiona la libertad religiosa tanto de quienes no comulgan con la fe católica, como de quienes pese a compartirla, tampoco tienen que encontrarse obligados a que sea el Estado quien les diga en que momentos o circunstancias deben hacer suyas las prácticas religiosas.

Aclararía el Tribunal que aunque puede ser legítimo que una autoridad informalmente promueva actividades religiosas de ninguna manera le es permitido imponerlas sobre sus trabajadores o subordinados, ni mucho menos utilizar la oposición de los mismos como un elemento de meritua-ción o desmérito respecto de su comportamiento o sus capacidades.

I) Sobre la afectación de derechos de un tercero que no fue parte de un proceso constitucional resuelto por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 03569-2010-PA/TC. Caso: Agrícola Cerro Prieto S.A.C.)

Ejecutoria bastante opinable sería publicada con fecha 18 de Mayo del 2011 dentro del proceso de amparo interpuesto por Agrícola Cerro Prieto S.A.C. contra la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial y Aspíllaga Anderson Hermanos S.A.

El tema objeto de debate en este caso era sin duda interesante. La demandante alegaba que se había vulnerado su derecho de propiedad, por cuanto en un proceso de amparo anterior seguido entre Aspíllaga Anderson Hermanos S.A. contra el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) y el Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña el Tribunal Constitucional había expedido sentencia (Exp. N° 05614-2007-PA/TC) en la que había pronunciado a favor de la entonces demandante otorgando tutela a su favor bajo la presunción de que determinados terrenos eriazos (indebidamente confiscados) eran de su propiedad, cuando lo real es que para la fecha en que dicha causa constitucional había sido resuelta, dichos terrenos (por lo menos una parte de ellos) eran de indiscutible propiedad de Agrícola Cerro Prieto S.A.C. a quien sin embargo, jamás se hizo comparecer dentro de dicho proceso constitucional, pese a conocerse de su existencia. La pregunta en tales circunstancias era la de saber cómo proceder frente a un proceso constitucional que a pesar de haber sido resuelto por el propio Tribunal Constitucional, resultaba notoriamente inconstitucional (al desconocerse la propiedad de la actual recurrente).

El Tribunal Constitucional iniciaría su discurso reconociendo que en efecto, para la fecha en la que conoce del primer amparo, ignoraba por completo la titularidad que sobre parte de los terrenos eriazos ostentaba Agrícola Cerro Prieto S.A.C., limitándose a considerar únicamente los dichos de las partes de dicho proceso (Aspíllaga Anderson Hermanos S.A. como demandante, Instituto Nacional de Desarrollo y el Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña, como demandadas) bajo el principio de la buena fe procesal.

Por otra parte recordaría que aunque de acuerdo a la jurisprudencia establecida el amparo contra amparo no procede contra decisiones emanadas por el Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el Exp. N° 4853-2004-AA/TC y otras), dicha causal desestimatoria no podía ser adoptada en el caso examinado, pues la demanda planteada no tiene por objeto que se declare la nulidad de la sentencia recaída en el Exp. N° 05614-2007-PA/TC, sino que se precise sus alcances a efectos de determinar sus incidencias en relación con el derecho de propiedad de la demandante.

En tales circunstancias y habida cuenta de los antecedentes del proceso, el Colegiado se inclinaría por definir dos tipos de tutela de la propiedad privada cuando se presenten supuestos de confiscación indebida: a) Si el acto de confiscación tiene su origen en una norma legal, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción a favor del Estado, restituyéndose la propiedad a la persona confiscada, siempre que siga siendo propiedad del Estado, b) Si la propiedad confiscada por una norma ha sido transferida a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que se abone

al que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe su derecho legítimo a la propiedad privada y al principio de seguridad jurídica.

Es en el contexto descrito que el Tribunal, vía la sentencia emitida, optaría por precisar los efectos de la ejecutoria recaída primigeniamente, ordenando al Ministerio de Agricultura (al haber absorbido al Instituto Nacional de Desarrollo) y al Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña iniciar un procedimiento de expropiación para que dentro de un plazo razonable le abonen a Aspillaga Hermanos (entidad demandante del primer amparo) la indemnización justipreciada por la propiedad confiscada.

Desde nuestro punto de vista, no era necesario que el Tribunal hiciera referencia a las reglas del contra amparo, si no iba a resolver la causa como uno de tales procesos. O se creaba una excepción a la regla de que no procede el amparo contra amparo contra decisiones del Tribunal Constitucional o simplemente carecía de todo sentido enfocar el caso como un contra amparo (inaplicando incluso una de sus reglas) para luego resolverlo como un amparo típicamente ordinario. Si de lo que se trataba era de precisar los alcances de la sentencia emitida en el primer amparo (lo que como se visto, también pedía la propia 5demandante), pues el problema iba por otro lado.

Creemos en este sentido que, prescindiendo por completo del modelo amparo contra amparo, hubiese bastado con flexibilizar los alcances del proceso optando por entender el conflicto como uno en el que se solicita la correcta aplicación de la sentencia emitida en el amparo inicialmente tramitado (Exp. N° 05614-2007-PA/TC). Bien es cierto que en este supuesto hubiese tenido que ampliar los alcances de la legitimación a favor de un tercero.

J) Sobre la improcedencia de la extradición en los supuestos de amenaza sobre el derecho a la vida (Exp. N° 02278-2010-PHC/TC. Caso: Wong Ho Wing (en idioma inglés) y/o Huang Hi Yong o Huang He Yong (en idioma chino)

Sentencia de particular interés sería publicada con fecha 31 de Mayo del 2011 dentro del proceso de habeas corpus interpuesto por Luis Lamas Puccio a favor de Wong Ho Wing (en idioma inglés) y/o Huang Hi Yong o Huang He Yong (en idioma chino) y dirigida específicamente contra el Presidente de la República, don Alan García Pérez; el Ministro de Justicia, don Aurelio Pastor y el Ministro de Relaciones Exteriores, don José Antonio García Belaunde.

Lo que se reclamaba en este caso era la existencia de una presunta amenaza sobre el derecho a la vida de un ciudadano de origen chino detenido en nuestro país y a quien su gobierno lo reclamaba vía proceso de extradición a instancias de haber cometido los delitos de contrabando, defraudación aduanera y cohecho en agravio de su propio país, ilícitos que según la legislación penal correspondiente, se encontraban castigados con la pena de muerte.

Puntualizaba el demandante que al haberse declarado por decisión mayoritaria de la Corte Suprema del Perú, precedente la solicitud de extradición formulada por el gobierno chino, la vida del favorecido corría grave riesgo, esto incluso, a pesar de existir un compromiso por parte del citado gobierno en el sentido de no aplicarle la sanción capital. En este contexto y por tener la última palabra en la solicitud de extradición nuestro Poder Ejecutivo, es que se planteaba la demanda contra sus titulares competentes.

La ejecutoria recaída en este caso y adoptada en decisión mayoritaria, haría hincapié en la conflictividad planteada pues mientras por un lado existe un Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China que obliga a extraditar a los ciudadanos de dicho Estado que hayan cometido delitos en su propio país, por otro lado la práctica del derecho internacional cuestiona la posibilidad de conceder extradiciones en los supuestos en los que la persona requerida pueda ser castigada con la pena de muerte, como se aprecia de la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en cierta forma también, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De lo que se trataba entonces para el Colegiado era de verificar si realmente existía o no el riesgo o amenaza sobre el derecho a la vida del ciudadano chino en cuyo favor se interpuso el proceso. En dicho contexto y a pesar del compromiso ofrecido por la República Popular China en el sentido de no aplicar la pena de muerte, de procederse a la extradición, el Tribunal optaría por considerar que el Estado requiriente no ha demostrado ante la Organización de Naciones Unidas que garantice la tutela real del derecho a la vida, al constatarse que viene permitiendo ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, puntualizando incluso y de acuerdo a lo sostenido por el Consejo de Derechos Humanos (ONU) en su Informe A/HRC/WG.6/4/CHN/2 del 06 de Enero del 2009, que la pena de muerte no se impone en forma objetiva, sino con notoria influencia de la opinión pública.

En las circunstancias descritas y considerando que no existen garantías suficientes para salvaguardar el derecho a la vida del involucrado se estimaría favorablemente la pretensión demandada, dejando en claro sin embargo que el Estado peruano, de acuerdo a los compromisos contraídos en el Tratado sobre Extradición con la República Popular China, asumiría



necesariamente la responsabilidad de juzgar al ciudadano chino por los delitos cometidos en su país.

A pesar de la importancia de la ejecutoria en mención somos de la idea que la misma tiene algunos defectos que es preciso anotar.

El primero de ellos reside en no haber practicado un análisis acerca de la verosimilitud de la amenaza denunciada. En efecto, sabido es que cuando se alega la existencia de peligros o amenazas sobre los derechos, tanto el Código Procesal Constitucional como la jurisprudencia, exigen la presencia de requisitos como probabilidad o certeza y la inminencia. En el caso particular, este análisis resultaba vital, tanto más si se consideraba que la última palabra en la procedencia de la extradición no la tenía el Poder Judicial peruano sino las autoridades del Poder Ejecutivo a quienes precisamente se emplazaba con la demanda. No nos parece que se haya demostrado palmaria-mente que el Poder Ejecutivo o sus autoridades iban a conceder de todos modos la extradición, tanto más cuando sus competencias se ejercían de modo totalmente independiente a las de la judicatura.

Otro aspecto de suyo más sensible es el del discurso utilizado por la sentencia para justificar la presunta existencia de riesgo sobre la vida del favorecido. Argumentar sin más que en un determinado Estado se permiten ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias requiere algo mucho más sólido que una simple afirmación. Ello muy al margen de que sea cierto que conforme a un Informe del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, existan evidentes deficiencias en la manera como se aplica la pena de muerte en la República Popular China. En este aspecto, entendemos que debió apelarse a una motivación mucho más cualificada que la ofrecida en la ejecutoria.

K) Sobre los derechos al honor y a la buena reputación y la prohibición de utilizar métodos denigrantes en la función recaudadora ejercida por parte de la administración (Exp. N° 1970-2008-PA/TC. Caso: Armando Ramón Moulet Guerra)

Con fecha 03 de Junio del 2011 sería publicada otra sentencia vinculada a un caso relevante, esta última, emitida durante el curso del proceso de amparo promovido por Armando Ramón Moulet Guerra contra el Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Lo que se reclamaba en esta ocasión por parte del recurrente era la existencia del portal electrónico (Página Web) del Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima así como la

colocación de su nombre en el mismo bajo la condición de contribuyente de alto riesgo. Precisaría el demandante que la página electrónica cuestionada incorporaba características totalmente ofensivas al colocar la foto de una persona desarreglada con un letrero intermitente en el que se consignaba la numeración del contribuyente, pretendiendo graficar la imagen de que quienes allí son registrados tienen la condición propia de delincuentes avezados o perseguidos por la ley.

La sentencia emitida por el Colegiado repararía en que el extremo del petitorio concerniente con la supresión del nombre del recurrente, había devenido en improcedente por sustracción de materia pues de acuerdo con la versión proporcionada por la demandada y acreditada en el expediente, el demandante a posteriori de haberse iniciado el proceso constitucional, había suscrito un convenio de pago con el Servicio de Administración Tributaria a fin de regularizar la cancelación de sus deudas. En razón de este último convenio su nombre había sido levantado del portal electrónico cuestionado, con lo cual ya no venía siendo directamente perjudicado.

Ello no obstante, el Colegiado, tomando en consideración que la existencia de un portal electrónico con características como las cuestionadas, podría revestir una notoria afectación de derechos de diversas personas, optaría por enfocar el extremo del petitorio referido a su supresión desde una perspectiva objetiva antes que simplemente subjetiva.

Sobre este particular y en el contexto de un discurso sustentado en el análisis que ofrece juicio de proporcionalidad se sostendría en la sentencia que aunque el sistema implementado por la entidad demandada pretendía brindar una información verídica de aquellos contribuyentes que no están presentando un comportamiento conforme a derecho en relación con las deudas tributarias mantenidas con el municipio, el método utilizado no se compadecía con la finalidad perseguida, ya que el portal electrónico no solo venía reportando datos que respondían a criterios objetivos (relación de deudores) sino que agregaba una simbología que de acuerdo con los usos y costumbres imperantes en nuestro medio, pretendía una semejanza o analogía totalmente innecesaria e inadecuada entre quien tenía la condición de deudor con un delincuente perseguido, lo cual es resulta evidentemente denigrante y atentatorio a los derechos al honor y a la buena reputación.

Entendería el Colegiado que existirían alternativas menos gravosas para cumplir con el objetivo de fomentar una cultura de cumplimiento de las deudas tributarias y es a las mismas a las que la demandada debería acudir.

La demanda por consiguiente sería declarada fundada respecto del extremo referido a la supresión, aunque precisándose que esta no recaería sobre la totalidad de la página web, sino sobre la parte o diseño considerado como lesivo.

Aspecto opinable de la sentencia será en este caso el relativo al concepto de honor que expone el Tribunal Constitucional y que parece sustentarse en aquellas concepciones doctrinarias que postulan la existencia de una suerte de honor neutral cuya definición o caracterización no partiría del sentimiento de autovaloración de cada persona, sino prácticamente (aunque el Tribunal no lo diga de dicha forma) de lo que conciba Estado o la sociedad.

Desde nuestro punto de vista el honor no se presenta como un atributo que pueda medirse únicamente desde la óptica o parecer que juzga el Estado o desde la concepción genérica que pueda imponer una determinada Corte de Justicia. Con una lógica de ese tipo, el honor de cada persona dependería de lo que otros, a la luz de sus propias subjetividades, determinen. Aunque no se trata de delimitar la autovaloración como un sentimiento caprichoso que anida en la subjetividad o mundo interno de cada persona, no es menos cierto que este se encuentra fuertemente vinculado a una serie de factores que se van consolidando a lo largo de su vida. Factores como la educación, la cultura, los valores, las costumbres, entre algunos otros igual de importantes, contribuyen a delimitar la idea que cada persona va perfilando respecto de sí mismo y de sus cualidades, siendo bastante polémica la proclama de un honor neutral condicionado a lo que otros, a la luz de sus propias convicciones y/o perjuicios convengan. Dicho en otros términos, aunque el honor pueda ser un derecho para todos, no todos habrán de entenderlo de la misma forma, siendo por tanto esencial y por demás razonable, el considerar la concepción que cada persona se tiene de sí misma a la luz de cada caso concreto.

L) Sobre indebida postergación de reposición laboral a pesar de haberse desaprobadado solicitud de cese colectivo (Exp. N° 0328-2011-PA/TC. Caso: Fernando Julio KcanaPumachara)

Ejecutoria importante a pesar de su brevedad, sería publicada con fecha 03 de Junio del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por Fernando Julio Kcana Pumachara contra la empresa Xstrata Tintaya S.A., por presunta vulneración del derecho al trabajo.

En este caso se reclamaba por el perjuicio del que era objeto el trabajador recurrente por parte de la empresa demandada, al negarse esta última, de modo reiterado, a reponerlo en su puesto habitual pese al hecho de haberse desaprobadado por la autoridad administrativa de trabajo la solicitud que la citada empresa formulara a los efectos de que se procediera al cese colectivo por motivos económicos y estructurales.

Se dejaría establecido en la sentencia, que al haber finalizado el pro-

cedimiento de cese colectivo con la desaprobación de la solicitud presentada por la empresa Xstrata Tintaya S.A. (procedimiento durante el cual queda en suspenso la relación laboral), resultaba inaceptable que el trabajador no sea repuesto de inmediato en sus labores habituales. En este contexto, las reiteradas postergaciones que venía haciendo la empresa demandada de asignar al demandante a su puesto de trabajo, resultaban una situación inaceptable que desconocía su vínculo laboral y por tanto resultaban lesivas de su derecho al trabajo.

La demanda sería declarada fundada siendo la empresa demandada apercibida con los apremios sancionatorios previstos en el Código Procesal Constitucional en caso de reiteración.

L1) Sobre la libre competencia y la proscripción de las posiciones dominantes que perjudican al usuario (Exp. N° 0051-2011-PA/TC. Caso: PERUVAL CORP S.A.)

Con fecha 16 de Junio del 2011 se publicaría sentencia en un caso de particular relevancia de cara a lo que representan los principios en los que se sustenta el modelo económico promovido por nuestro ordenamiento constitucional. Nos referimos al proceso de amparo interpuesto por la empresa PERUVAL CORP S.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y en el que se pedía expresamente la inaplicación del Decreto Supremo N° 031-2007-MTC.

La recurrente, quien tenía la condición de accionista del cincuenta por ciento de las acciones que conforman el capital social de Ferrocarril Trasadino S.A. (empresa que era la directa concesionaria de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente del Perú) había interpuesto el proceso por considerar que la norma cuestionada, al flexibilizar los requisitos para que nuevas empresas accedan al mercado de transporte ferroviario dentro de la infraestructura de uso público concesionada, vulneraba los derechos constitucionales a la vida, a la libertad, a la seguridad jurídica y a la propiedad privada.

Especificaba la misma demandante que mientras a Ferrocarril Trasadino S.A. se le exigieron una mayor cantidad de requisitos, no sucedería lo mismo con aquellas empresas que pudiesen verse beneficiadas con el Decreto Supremo cuestionado, lo que fomentaría el acceso al mercado de empresas diminutas, redundando en la baja calidad del servicio y el perjuicio sobre el usuario. Por otra parte lo señalado se ve agravado en tanto de acuerdo al contrato de concesión suscrito con el Estado, Ferrocarril Trasadino sería responsable solidario incluso por el incumplimiento de normas de seguridad realizadas por quienes resulten nuevos operadores.

El Tribunal Constitucional dejaría en claro que la supuesta vulneración a los derechos invocados no aparece probada, pues a la recurrente no se le está exigiendo el cumplimiento de los nuevos requisitos, ni tampoco se le ha prohibido continuar prestando el servicio. Tampoco existiría la alegada responsabilidad solidaria, pues las partes que suscribieron el contrato de concesión, le incorporaron una addenda en la que se dejó sin efecto la citada obligación cuando la responsabilidad se sustente en causas atribuibles a otros operadores.

Resaltaría sin embargo el Colegiado que lo que la empresa demandante pretendería en el fondo es que se mantenga un status quo que le permita dedicarse de manera exclusiva a la actividad ferroviaria, sin la presencia de competidor alguno, lo que resultaría abiertamente incompatible con el principio de libre competencia y la prohibición de posiciones dominantes o monopólicas establecidas en el Artículo 61° de la Constitución. En este contexto y en aras de resaltar el deber especial de protección que por mandato del artículo 65° de la norma fundamental existe sobre los derechos de los usuarios, la demanda interpuesta sería desestimada por infundada.

M) Sobre el cierre definitivo de normas que otorgan privilegios de protección patrimonial a empresas agroindustriales y el derecho a la ejecución o eficacia de las resoluciones judiciales (Exp. N° 02204-2010-PA/TC. Caso: José Hipólito Quiróz Aguilar)

Ejecutoria de particular trascendencia sería publicada con fecha 17 de Junio del 2011 con motivo del proceso de amparo interpuesto por José Hipólito Quiróz Aguilar contra los Vocales integrantes de la Sala Especializada en lo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y la Empresa Agroindustrial Tumán S.A., proceso en el que se cuestionaban determinadas resoluciones judiciales por considerarse lesivas del derecho a la ejecución o eficacia de lo decidido.

Alegaba el demandante haber resultado vencedor en un proceso judicial sobre cese por actos de hostilidad seguido contra la Empresa Agroindustrial Tumán S.A.A., proceso en el que se ordenó el reintegro de su remuneración por parte de la citada demandada. Asimismo precisaba haber obtenido en su favor una medida cautelar de embargo que debía garantizar el pago inmediato de los adeudos que le mantenía la antes citada empresa. Sin embargo y pese a contar con las citadas resoluciones judiciales, las mismas no se venían ejecutando, motivo por el que inicio un trámite de ejecución forzosa que ha derivado en las resoluciones judiciales que cuestiona y que lo que pretenden es proteger a la empresa demandada contra toda medida judicial en aplicación de la Ley de Protección Patrimonial N° 28027.

La trascendencia del tema en cuestión era en este caso notoria, porque hasta antes de haber sido resuelto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desestimaba todas las demandas constitucionales que en invocación del derecho a la ejecución o eficacia de lo decidido buscaban el cumplimiento o efectivización de los mandatos judiciales frente a diversas empresas agroindustriales dedicadas a la producción azucarera (empresas normalmente constituidas por miles de trabajadores). El Colegiado por entonces entendía que al tener la ley de protección patrimonial un carácter excepcional o transitorio y un propósito perfectamente legítimo, orientado hacia su reflujo económico, se justificaba evitar que las mismas pudiesen verse afectadas por medidas judiciales que generaran su inestabilidad o peor aún, su desaparición (ver por todas, la sentencia recaída en el Exp. N° 0579-2008-PA/TC. Caso: César Augusto Becerra Leiva).

El problema que sin embargo se fue presentando, es que las normas de protección patrimonial que en sus orígenes tuvieron un carácter transitorio, fueron susceptibles de constantes prorrogas por parte del legislador, las mismas que terminaron por desvirtuar su propósito inicial. Estas prorrogas se dieron por varios años y al parecer, sin ninguna intención de ser rectificadas, lo que supuso la presencia un nuevo problema (cada vez más delicado), el de la dilatación excesiva en el cumplimiento de las resoluciones judiciales contra las empresas agroindustriales y el evidente perjuicio de todas aquellas personas (principalmente trabajadores y pensionistas) que no podían hacer valer ninguna medida de ejecución forzada.

La sentencia constitucional que aquí se comenta daría por zanjada esta situación, al dar un giro radical a la jurisprudencia hasta entonces establecida. De acuerdo con la toma de posición asumida (más allá de la innecesaria cantidad de fundamentos de voto que se aprecian en la ejecutoria) no puede aceptarse como constitucional el incumplimiento de obligaciones en el contexto de leyes que prorrogan ad infinitum los plazos respectivos, pues ello deslegitima la finalidad para la que tales normas fueron concebidas.

La demanda planteada sería declarada fundada y la sentencia muy bien recibida en la comunidad académica.

N) Sobre cumplimiento efectivo de sentencia constitucional que ordena la reposición de un trabajador en un determinado régimen laboral (Exp. N° 0072-2011-PA/TC. Caso: Félix Franklin Reátegui Valladolid en derecho propio y en representación del Sindicato Único de Trabajadores Contratados de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán)

Con fecha 05 de Julio del 2011 se publicaría sentencia en el proceso de amparo interpuesto por Félix Franklin Reátegui Valladolid en derecho

propio y en representación del Sindicato Único de Trabajadores Contratados de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán contra los Vocales integrantes de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

Se trataba en el caso mencionado de un típico amparo contra amparo en el que se solicitaba la nulidad de una resolución emitida en la fase de ejecución de un primer proceso constitucional por considerar que con la misma se distorsionaba la sentencia constitucional que lo favorecía, pretendiéndose dar por cumplida, cuando en el fondo no se procedía conforme al mandato en su momento establecido.

De acuerdo con lo descrito en la demanda, la sentencia emitida por conducto del primer proceso constitucional había dispuesto que la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (demandada en aquella oportunidad) proceda a la reposición del recurrente en su centro de labores y con la misma remuneración que venía percibiendo, lo que suponía redactarle un contrato de trabajo en la condición de servidor dentro del marco de lo establecido por el Decreto Legislativo N° 276 (norma regula la carrera administrativa). Sin embargo y a pesar del explícito mandato contenido en la sentencia, éste no se venía cumpliendo lo que generó un apercibimiento contra la demandada en fase de ejecución. En dicho contexto y tras ser apelado dicho apercibimiento, la Universidad demandada procedió a redactarle al recurrente un contrato administrativo de servicios de acuerdo con lo señalado por el Decreto Legislativo N° 1057 (norma esta última que reconoce un régimen laboral diferente al del antes citado decreto Legislativo N° 276) lo que motivó que la Sala que conoció de la apelación haya dado por cumplida la sentencia constitucional mediante la resolución judicial cuestionada sin percatarse de lo decidido en torno al régimen laboral en el que había sido repuesto el demandante.

Siendo el descrito el tema en debate la ejecutoria emitida vía contra amparo dejaría en claro que no puede considerarse como cumplida una sentencia que no se ajusta rigurosamente a los parámetros de lo decidido. Y si lo decidido primigeniamente en sede constitucional fue reponer al demandante dentro de un determinado régimen laboral (Decreto Legislativo N° 276) no puede aceptarse que su reposición dentro de un esquema laboral distinto (Decreto Legislativo N° 1057) resulte compatible con la Constitución y con el derecho a la eficacia de lo decidido.

La demanda sería declarada fundada y se dispondría la emisión de nueva resolución, acorde con lo dispuesto en la primera sentencia constitucional.

Ñ) Sobre la protección de la libertad sindical y su especial valoración en el proceso de tutela de derechos (Exp. N° 03736-2010-PA/TC. Caso: César Augusto Elías García)

Sentencia particularmente interesante aunque no exenta de alguna polémica fue en su momento la publicada con fecha 21 de Julio del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por César Augusto Elías García contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, tras considerar que la resolución emitida en vía de casación vulneraba su derecho a la libertad sindical.

Inicialmente el recurrente había interpuesto un proceso sobre nulidad de despido por discriminación sindical contra la Compañía Minera San Martín S.A. y Perú LNG S.R.L., proceso que fue estimado favorablemente tanto por el Séptimo Juzgado de Trabajo de Lima (Sentencia del 27 de Mayo del 2008), como por la Primera Sala Transitoria de Lima (Sentencia del 24 de Diciembre del 2008). Ello no obstante, y tras interponerse recurso de casación por parte de la codemandada Compañía Minera San Martín S.A., la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, declaro fundado el citado recurso y como consecuencia de ello se procedió a casar la sentencia de vista, se revocó la apelada y se declaró infundada la demanda. Fue contra esta última decisión que se interpuso el proceso de amparo.

La ejecutoria que en este contexto emite nuestro Colegiado se circunscribiría a considerar que la resolución casatoria adolecía de una serie de defectos en el terreno de la motivación resolutoria, además de haber procedido con manifiesta transgresión tanto del derecho a la prueba (al haber omitido hechos debidamente acreditados durante el proceso judicial) como de la libertad sindical (tras haber ignorado el régimen de protección especial que el ordenamiento jurídico otorgaba sobre tal derecho). Sobre este último aspecto incluso, destacaría la sentencia, el deber preferente que tiene el Estado peruano, acorde con sus compromisos internacionales, de tutelar los derechos de quienes ocupan cargos de naturaleza sindical.

En las circunstancias descritas la demanda de amparo sería declarada fundada por decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, procediéndose a declarar nula la resolución casatoria y a dejar subsistente la sentencia de vista del 24 de Diciembre del 2008 que inicialmente y en vía de confirmación, había declarado fundada la demanda sobre nulidad de despido por discriminación sindical.

Fue precisamente este último extremo el que origino ciertas críticas en algún momento pues si una de las consideraciones centrales del Tribunal Constitucional apuntaba hacía una motivación indebida en la resolución casatoria, lo pertinente era ordenar la expedición de una nueva resolución



dentro de los parámetros establecidos por la ejecutoria constitucional, mas no así un cierre o conclusión total del proceso sobre la base de lo decidido a nivel de segunda instancia.

- O) Sobre la Protección del derecho al trabajo y la proscripción de métodos que atenten contra el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Exp. N° 04224-2009-PA/TC. Caso: Angelina María Huamaní Vargas)

Con fecha 01 de Agosto del 2001 y dentro de una línea semejante a la establecida en su día por conducto de la ejecutoria emitida en el Exp. N° 1058-2004-PA/TC (Caso: Rafael Francisco García Mendoza) se publicaría sentencia dentro del proceso de amparo promovido por Angelina María Huamaní Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Tacna S.A. (CMAC-Tacna).

Lo que se reclamaba en este caso era que una trabajadora haya sido despedida mediante un procedimiento que además de atentatorio de su derecho fundamental al debido proceso, haya sido llevado a efecto con evidente vulneración de su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

De acuerdo con las imputaciones realizadas, la trabajadora, quien ocupaba el cargo Jefa encargada del Órgano de Control Institucional de la CMAC-Tacna, habría cometido falta grave al haberse comunicado mediante correos electrónicos con un ex trabajador (Ex Jefe de la Oficina de Control Interno) de la citada empresa en los que habría proporcionado información confidencial así como atentado contra la honorabilidad del Presidente del Directorio y de la Gerencia. En tales circunstancias y a decir de la demandada, no sería necesario observar derecho de defensa alguno dentro del procedimiento sancionador por tratarse de un típico caso de flagrancia que, de acuerdo a ley, exime de tal requisito. Detalle adicional, por demás curioso, es que la demandada sustenta dichas afirmaciones en los correos interceptados al demandante, sin percatarse de lo ilícito de tal proceder.

El Colegiado emitiría sentencia dejando en claro que aún cuando el Artículo 31° del Decreto Supremo N° 003-97-TR permite que por excepción se prescinda del derecho de defensa en los supuestos en los que se configure falta grave flagrante, en el caso por el que se reclama no puede hablarse de flagrancia ya que los correos interceptados y acompañados como prueba de la supuesta falta pertenecen al periodo comprendido entre 19 de Febrero y el 12 de Abril del 2007, mientras que el despido de produce el 18 de Abril del 2007, de lo que se deduce que el empleador tenía

la obligación de cursar la carta de imputación de cargos a efectos de que el demandante haga uso de su derecho de defensa. Al no haber procedido de dicho modo, el procedimiento sancionador devendría inevitablemente en irregular y atentatorio del debido proceso.

Por otra parte y en lo que respecta al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos, el Tribunal reiteraría su jurisprudencia desarrollada para casos similares. De acuerdo con esta última, si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pueden pertenecer a la empresa o entidad donde labora un trabajador, ello no significa que esta pueda arrogarse la titularidad de tales comunicaciones y documentos, ya que ninguna relación de trabajo puede distorsionar los derechos del trabajador. Por lo demás y en tanto la única forma de interceptar comunicaciones y documentos privados requiere necesariamente de mandato judicial, no habiéndose observado dicha previsión, los documentos obtenidos con violación de dicha garantía devienen en ilegales (son pruebas ilícitas) y por tanto no pueden servir de respaldo para ninguna decisión o medida sancionadora.

Aún cuando la demanda se resolvería favorablemente creemos que hubiese sido interesante en este caso, dilucidar en torno a la constitucionalidad de la regla que permite prescindir del derecho de defensa en casos de falta grave flagrante. Aunque en el presente caso, dicha previsión no fue tomada en cuenta por considerarse que no hubo flagrancia, de todos modos no deja de ser dudoso que a título de una falta determinada, por más evidente que esta sea, se vea limitado en su totalidad un derecho tan importante como el mencionado.

P) Sobre el trato razonable al usuario que pretende la instalación de un suministro eléctrico (Exp. N° 1865-2010-PA/TC. Caso: Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas)

Ejecutoria emitida en un caso bastante interesante, sería publicada con fecha 04 de Agosto del 2011 con motivo del proceso de amparo promovido por Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas contra la empresa de energía Eléctrica Luz del Sur S.A.A. y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

Materia de reclamo serían en este caso, las resoluciones emitidas tanto por la empresa Luz del Sur S.A.S. como por el OSINERGMIN mediante las cuales se denegó el pedido del recurrente a fin de que se instale el suministro de conexión eléctrica y servicios complementarios en el inmueble que venía habitando en calidad de copropietario.

Según se alegaba en las resoluciones objeto de cuestionamiento, no se

procedió a instalar el suministro correspondiente por considerar que quien debe realizar la citada petición no debía ser solo el demandante, sino la totalidad de copropietarios. El demandante, por su parte alegaba, que no era posible que todos los copropietarios suscribieran la citada petición por cuanto aún no se había efectuado la división y partición del mismo y era el recurrente el único que venía habitando el inmueble, además del único copropietario interesado provisionalmente en el tema.

El Tribunal Constitucional resolvería esta causa con sujeción a dos argumentos centrales. El primero de ellos de carácter legal y el segundo, estrictamente constitucional. El argumento legal se sustentaría en que de acuerdo a la propia normatividad invocada por las demandadas, puede solicitar la instalación del suministro cualquier persona que ostente la calidad de propietario. Incluso y ocasionalmente también, quien ostente la condición de poseedor de un inmueble. En este contexto, el hecho de que sea el demandante copropietario, no le resta en lo absoluto, su condición de propietario, debidamente acreditada por lo demás en las instrumentales del expediente. Por lo demás, si se permite la instalación de suministros de energía eléctrica para quien tienen la condición de poseedor, resulta absolutamente incoherente que no se le permita lo mismo a quien tiene la condición de propietario a título compartido.

Agregaría la sentencia que en casos como planteado, es especialmente vital considerar, el hecho de que la instalación del servicio por el que se reclama tiene pleno sustento a la luz de los derechos que la Constitución reconoce sobre los usuarios de un servicio esencial como lo es la energía eléctrica. En tales circunstancias y reivindicando su jurisprudencia sobre el tema, dejaría en claro el Colegiado que siendo el usuario (al igual que el consumidor) el fin de toda actividad económica, el sistema jurídico debe encontrarse especialmente dirigido a protegerle y por ende a priorizar de manera especial, los reclamos que tengan que ver con el reconocimiento de sus derechos.

La demanda sería declarada fundada, declarándose la nulidad de las resoluciones cuestionadas y disponiéndose la instalación inmediata del suministro de energía eléctrica en el inmueble de copropiedad del demandante.

Q) Sobre el derecho fundamental a la instancia plural y sus límites (Exp. N° 4235-2010-PHC/TC. Caso: Cesar Augusto Nakasaki Servigón a favor de Alberto Fujimori Fujimori)

Mediante sentencia publicada con fecha 11 de Agosto del 2011, se resolvería un caso de particular relevancia fundamentalmente en atención

al personaje involucrado. Se trataría del proceso de habeas corpus promovido contra la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República por el letrado Cesar Augusto Nakasaki Servigón a favor del ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori.

Lo que se cuestionaba en este caso eran determinadas resoluciones judiciales mediante las cuales se resolvió no admitir a trámite solicitudes de nulidad contra resoluciones primigenias que a su vez habían declarado infundadas tres peticiones de recusación contra diversos Magistrados que venían participando en el proceso penal seguido contra el recurrente por diversos delitos contra los derechos humanos. A juicio de este último, el denegarle la admisión a trámite de las citadas solicitudes se estaría atentando contra el derecho a la instancia plural.

Consideraría el Colegiado al respecto que el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado no supone obligatoriamente la existencia de una segunda instancia en la tramitación de los incidentes. Esto último en atención a que el derecho a la instancia plural es un típico derecho de configuración legal y por lo tanto es el legislador quien delimita sus alcances y restricciones. En tales circunstancias, no habiendo optado el legislador por contemplar la opción de una instancia doble en supuestos como los que plantea el demandante, no puede considerarse como obligatoria dicha posibilidad ni mucho menos deducir que por denegarse judicialmente, se esté vulnerando derechos fundamentales.

Agregaría el Tribunal que aunque cabría la posibilidad de asumir que determinados contenidos de un derecho tengan que siempre ser desarrollados por el legislador, en el caso de la instancia plural dicha obligatoriedad sólo operaría respecto sentencias penales condenatorias (que limitan de algún modo la libertad individual) así como respecto de resoluciones judiciales que en general limiten algún otro derecho fundamental, pero no operaría respecto de otro tipo de resoluciones donde no se aprecie dicha incidencia, con lo cual se justificaría la no existencia de instancia plural en tales casos.

En el contexto descrito la demanda constitucional sería desestimada por infundada.

R) Sobre la protección preferente de las personas infectadas por el VIH (Exp. N° 04749-2009-PA/TC. Caso: Jacinto Francisco Villacorta Guevara)

Ejecutoria de particular relevancia sería publicada con fecha 24 de Agosto del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por Jacinto Francisco Villacorta Guevara contra la Oficina de Normalización Previsional.

Aunque en el pasado el Tribunal ya se había pronunciado sobre los roles especialmente tuitivos que corresponden al Estado cuando se trata de las personas que padecen el VIH, sólo había tenido la oportunidad de desarrollar dicha temperamento dentro del ámbito específico que ofrece el derecho a la salud (al respecto, puede verse la Sentencia recaída en el Exp. N° 02495-2003-PA/TC. Caso: Azanca Alheli Meza García). En esta ocasión sin embargo el criterio de la protección preferente se vería expandido hacia el ámbito del derecho a la pensión.

Lo que se reclamaba en este caso era en concreto que el Estado a través de la Oficina de Normalización Previsional haya procedido a declarar la extinción (por caducidad) de la pensión de invalidez que venía gozando el recurrente, pese a encontrarse infectado con el VIH y padecer concurrentemente de diabetes mellitus tipo II.

El alegato de la Oficina de Normalización Previsional a pesar de tener algún respaldo en las normas no dejaba de ser algo paradójico. Según se afirmaba, el demandante presentaba una enfermedad distinta a aquella que generó la pensión de invalidez percibida y la discapacidad en que se encontraba no le impedía en todo caso, percibir un monto equivalente al percibido como pensión.

El Colegiado dejaría en claro que las personas que padecen de deficiencias físicas a consecuencia de las infecciones originadas por el VIH, o que han desarrollado el sida reclaman una especial atención por encontrarse en un estado de particular vulnerabilidad. En dicho contexto, la capacidad que tiene la Oficina de Normalización Previsional para comprobar el Estado de invalidez de los pensionistas y que normalmente se aplica para otro tipo de padecimientos, debe necesariamente relativizarse.

De acuerdo con la sentencia la decisión del Estado de revisar la pensión del recurrente no sólo constituyó un comportamiento manifiestamente arbitrario, sino que colocó en grave riesgo la salud y la vida del demandante.

La demanda interpuesta sería declarada fundada ordenándose la continuidad en la prestación de la pensión de invalidez percibida por el recurrente.

S) Sobre la restricción de los supuestos de procedencia del Amparo Arbitral (Exp. N° 0142-2011-PA/TC. Caso: Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA María Julia)

Con fecha 26 de Septiembre del 2011 se daría a conocer una de las sentencias más importantes de este periodo. Se trataría de la ejecutoria emitida en el curso del proceso de amparo promovido por Sociedad Minera de Responsabilidad LTDA María Julia contra el Tribunal Arbitral uni-

personal representado por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana.

La controversia planteada no fue en si misma lo relevante en esta ocasión, sino los criterios jurisprudenciales y el precedente constitucional en que finalmente desembocarían. Este último plantearía algunos aspectos interesantes, pero también suscitaría algunas interrogantes.

El Tribunal Constitucional haría un breve recorrido de las diversas etapas por las que ha venido transitando nuestro amparo arbitral haciendo hincapié en las sentencias que en su momento les dieron sustento<sup>8</sup>, para finalmente y en el contexto de lo que representa el típico esquema de amparo residual establecido por el Código Procesal Constitucional, postular una restricción bastante radical en su utilización, fortaleciendo con ello la figura de la Justicia o Jurisdicción arbitral.

A diferencia del anterior esquema jurisprudencial, en el que se postulaba que el recurso de anulación constituía una suerte de vía previa a la que obligatoriamente y antes de promover el amparo, debía acudir el afectado en sus derechos por parte de la jurisdicción arbitral, en el actual escenario se establece que el citado recurso de anulación, constituye una vía procedimental igualmente satisfactoria a la que necesariamente debe acudirse, salvo que esta última no permita dilucidar determinados supuestos, solo en cuyo caso y muy excepcionalmente, habrá de proceder el amparo arbitral.

A juicio del Colegiado los supuestos que habilitarían el proceso constitucional solo serían tres **a)** Cuando se invocan como vulnerados los precedentes constitucionales establecidos por el Tribunal Constitucional, **b)** Cuando en el procedimiento arbitral se ha ejercido control difuso respecto de una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional y **c)** Cuando se afecten los derechos de un tercero que no haya formado parte del convenio arbitral.

Algo muy importante que dejaría en claro la sentencia es que cuando el Poder Judicial conozca del recurso de anulación contra laudos (a título de vía procedimental igualmente satisfactoria) lo decidido por dicho órgano podrá ser cuestionado a través del amparo contra resoluciones judiciales dentro de los criterios establecidos por el Artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Se pretende pues con el modelo instaurado reducir al mínimo los roles del amparo contra laudos sobrepotenciando la confianza en la Justicia Arbitral. Desde nuestro particular punto de vista, no está mal que se opte por un modelo restrictivo si existe, como en el fondo parece ser, una convic-

<sup>8</sup> Cfr. las ejecutorias recaídas en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC (Caso: Pesquera Rodga S.A.), en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Caso: Felipe Cantuarias Salaverry), en el Exp. N° 4972-2006-PA/TC (Caso: Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C) o en el Exp. N° 4195-2006-PA/TC (Caso: PROIME Contratistas Generales S.A.).

ción en pro del fuero arbitral y del tipo de Justicia dispensada por el mismo. Sin embargo, de allí a que se le blinde bajo una presunción de confianza absoluta, no nos parece que vaya muy acorde con lo que ha sido la tendencia jurisprudencial del Tribunal, por lo menos si nos atenemos al esquema casuístico de los últimos años (donde más bien se aprecia un decidido fortalecimiento del control en todo tipo de ámbitos). Creemos en realidad que una confianza en los árbitros no está mal ni tiene porque ser criticable como raciocinio de arranque, pero de allí a considerarlos ex profeso como incapaces de vulnerar los derechos (al extremo de haber reducido las hipótesis de control solo a tres), nos parece un exceso de idealismo que no marcha muy conforme con lo que se verifica en la realidad actual, donde por una u otra razón se aprecia que los particulares (y no hay que olvidar que los árbitros representan a los mismos) también se constituyen (o pueden constituirse) como virtuales fuentes de vulneración a la Constitución y a sus derechos.

Interrogante que también despierta la ejecutoria tiene que ver con la concepción de vía procedimental igualmente satisfactoria que se ha hecho del recurso de anulación. Aunque no estamos diciendo que no se haya podido llegar a dicha conclusión, hubiese sido necesario que el Tribunal nos precise con mayor detalle las razones del porque se le califica de dicho modo, cuando sabido es que el concepto de vía procedimental igualmente satisfactoria se encuentra condicionado a que los roles procesales entre esta y los del amparo sean sustancialmente iguales o por lo menos parecidos, lo que a su vez se encuentra sujeto a una serie de criterios (intensidad tutelar, elenco cautelar, plazos razonables, etc.) cuya pertinencia sin embargo, no se evalúa en la sentencia.

Extremo que si nos parece realmente destacable y que de alguna manera equilibra el esquema restrictivo planteado, se refiere a la posibilidad de cuestionar vía amparo contra resoluciones judiciales lo resuelto por el Poder Judicial tras conocer del recurso de anulación. La sentencia, como se ha visto, reconduce dicho modelo de control no solo a lo previsto por el Artículo 4° del Código Procesal Constitucional (que en rigor tiene una concepción bastante formal o procedimental) sino al desarrollo jurisprudencial que se ha hecho de dicho dispositivo, lo que sin demasiado esfuerzo bien podría reivindicar escenarios de control tan expansivos y progresistas como el planteado por el Exp. N° 3179-2004-PA/TC (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce). Habrá que ver en el futuro cómo se desarrolla dicha opción, sin dejar de reconocer que su reconocimiento, es por donde se le mire un verdadero acierto.

T) Sobre el habeas corpus correctivo y la protección de la salud de un interno (Exp. N°1362-2010-PHC/TC. Caso: Luis Antonio Loayza Morales)

Ejecutoria referida a un caso sensible se publicaría con fecha 03 de Octubre del 2011 en el curso del proceso de habeas corpus interpuesto por doña María Cordero Ugarte a favor de Luis Antonio Loayza Morales contra el Director del Establecimiento Penal de Ancón.

Materia de reclamo sería en este caso la interrupción del tratamiento médico especializado que venía recibiendo un interno a consecuencia de un traslado de penal dispuesto por la autoridad penitenciaria. Según se alegaba en la demanda, el favorecido había sido operado por haber sufrido una obstrucción intestinal, motivo por el que la autoridad médica había dispuesto un tratamiento especializado de recuperación que debía realizarse en el Hospital Hipólito Unanue. Sin embargo y tras haberse dispuesto su traslado del Establecimiento Penitenciario de Miguel Castro Castro al Establecimiento Penitenciario de Ancón, se suspendió injustificadamente el tratamiento médico indicado, el que fue sustituido por un tratamiento local en el tópic del penal al que fue trasladado. Con dicho proceder y a juicio de la recurrente se colocó en grave riesgo la salud y la vida del interno.

Consideraría el Tribunal en este caso que al haberse acreditado el estado de salud en el que se encontraba el favorecido así como el deterioro de la misma a consecuencia de no haberse procedido a evacuarlo a la institución hospitalaria donde debía recibir tratamiento especializado, se ha vulnerado sus derechos fundamentales. En dicho contexto, enfatizaría el Colegiado en la necesidad de que la administración penitenciaria prevea y ejecute las medidas necesarias que garanticen la salud de los internos, pues de otro modo el régimen de privación de libertad de los internos, atentaría contra el principio dignidad y los derechos que le son consustanciales.

La demanda se declararía fundada, disponiéndose al efecto, el traslado del favorecido a un establecimiento penitenciario que cuente con la infraestructura necesaria a fin de garantizar su tratamiento médico.

U) Sobre el derecho de acceso a la información, cuando la misma se encuentra contenida en expedientes judiciales (Exp. N° 03062-2009-PHD/TC. Caso: Margarita del Campo Vegas)

Con fecha 04 de Noviembre del 2011 se daría a conocer una ejecutoria de particular interés dentro del proceso de habeas data promovido por doña Margarita del Campo Vegas contra la Gerencia General del Poder Judicial y el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.



Lo que se reclamaba en este caso era la entrega de información contenida en un expediente judicial que se encontraba fenecido y en el que la misma demandante había participado como una de las partes. Las autoridades emplazadas, por su parte, alegaban que la pretensión demandada, debía ser tramitada por un cauce procesal distinto al planteado, dirigiéndose al efecto a las propias autoridades judiciales que conocieron del proceso.

El Colegiado, dando por implícito que si es posible utilizar el proceso de habeas data para tutelar el derecho de acceso respecto de información contenida en expedientes judiciales, aprovecharía el presente caso para dejar definidas varias cosas en relación con la entrega de dicho tipo de información.

Se distinguiría, en primer término, entre expedientes judiciales que aún se encuentra en trámite y aquellos que por el contrario, ya han concluido. Si se trata de los primeros, la información debe ser solicitada directamente ante la autoridad judicial que conoce del proceso. Si se trata de los segundos la información debe ser peticionada ante el funcionario designado por la Institución o ante el Secretario General de la misma (o quien haga sus veces).

Se trate de expedientes en giro o ya concluidos, los funcionarios encargados de la entrega de la información, deben verificar caso por caso y de acuerdo al tipo de proceso (penal, civil, etc.) si lo que se solicita se encuentra vinculado a temas concernientes con la intimidad personal, con la defensa nacional o con alguno de los supuestos que la ley exceptúe, en cuyo caso la información no será entregada, debiéndose informar de tal hecho al interesado.

Finalmente y si la solicitud de información se presenta ante un funcionario que no la posee, éste, bajo responsabilidad, debe realizar las gestiones necesarias para que el pedido llegue al funcionario competente o en su defecto y en caso de duda, ante el Secretario General de la misma o quien haga sus veces.

En la lógica de los criterios descritos, la demanda planteada sería estimada en forma favorable por considerarse que la información solicitada se encuentra referida a un expediente judicial fenecido. Por otra parte y en lo que respecta a la autoridad emplazada, el Colegiado enfatizaría que aunque la misma no ha poseído físicamente el expediente judicial, si tendría la competencia para requerir al funcionario respectivo la entrega de la información correspondiente al interesado, debiendo en todo caso verificar que esta no se encuentre dentro de ninguno de los supuestos exceptuados por la Constitución o la ley.

V) Sobre la desnaturalización de una sentencia constitucional en fase de ejecución y su control definitivo por parte del Tribunal Constitucional (Exp. N° 01939-2011-PA/TC. Caso: Gobierno Regional del Cusco y Otro)

Ejecutoria que zanjaría un problema socio político de enormes implicancias sería la publicada con fecha 08 de Noviembre del 2011, dentro del proceso de amparo promovido por el Gobierno Regional del Cusco y otro contra el Gobierno Regional de Arequipa y la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION).

La controversia planteada no se daría en relación a la pretensión originalmente demandada, sino a propósito del cumplimiento de la sentencia en su momento expedida. Se trataría de un típico caso en el que por vía de recurso de agravio constitucional, se exigiría el cumplimiento efectivo de una sentencia constitucional expedida por el Poder Judicial, dentro del típico esquema planteado por la sentencia recaída en el Exp. N° 0201-2007-Q/TC (Caso: Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno).

Originalmente el proceso de amparo había sido planteado por el Gobierno Regional del Cusco contra el Gobierno Regional de Arequipa y PROINVERSION. Paralelamente, el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Espinar, haría lo propio contra el mismo Gobierno Regional de Arequipa y PROINVERSION. En uno y otro caso, las pretensiones serían las mismas, el cuestionamiento a la declaratoria de viabilidad del Proyecto Majes-Siguas II, por considerar que con el mismo se perjudicaría el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y el derecho a la salud de los pobladores de la Región Cusco. Por este motivo ambos procesos serían acumulados.

Al margen del debate suscitado en la fase principal del proceso donde las entidades demandantes insistirían en sus puntos de vista a la par que las demandadas en la trascendencia y el interés nacional que involucraba la efectivización del Proyecto Majes Siguas II, se expediría sentencia a nivel de primer grado, en la que el Juzgado Mixto de Espinar declararía fundada la demanda ordenándose dos cosas **a)** dejar sin efecto la declaratoria de viabilidad del proyecto Majes-Siguas II y **b)** Que las autoridades del Gobierno Central a través de PROINVERSION, los Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco, las Alcaldías de las Provincias de Espinar y Caylloma y el Ministerio de Agricultura, cumplan con realizar un Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral de la Cuenca del Río Apurímac, que determine las necesidades del uso y consumo de la demanda hídrica de la Provincia de Espinar y los requerimientos del Proyecto Majes-Siguas II.

En segunda instancia sin embargo y con fecha 17 de Marzo del 2009, la Sala Mixta de Sicuani-Canchis de la Corte Superior de Justicia del

Cusco confirmaría el carácter estimatorio de la sentencia de primer grado específicamente en el extremo referido a la realización de un Estudio Técnico de Balance Hídrico Integral, pero por el contrario, la revocaría, en lo referido a dejar sin efecto la declaratoria de viabilidad del Proyecto Majes-Siguas, extremo este último que sería declarado infundado.

Con la sentencia parcialmente estimatoria, se pasaría a la fase de ejecución del proceso en la cual se suscitarían una serie de incidencias y debates tanto en primera como en segunda instancia, culminando todas ellas con la emisión por parte de la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, de la resolución de fecha 25 de Febrero del 2011 en la que revocándose la resolución emitida en fase de ejecución por el juzgado Mixto de Espinar y en supuesta concordancia con la sentencia del 17 de Marzo del 2009, se dispondría la suspensión indefinida del Proyecto Majes-Siguas II, estableciendo que las partes definan en otra vía procesal la viabilidad del mismo y decretando la conclusión definitiva del proceso.

Sería contra esta última decisión que se promovería el recurso de agravio constitucional por parte del Procurador Público del Estado a cargo de los Asuntos Judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, por considerarse que con la misma se desnaturalizo los alcances de la sentencia constitucional en su día emitida. En un primer momento el citado recurso sería desestimado, motivo por el que se promovería una queja directamente ante el Tribunal Constitucional, la que sería declarada fundada, disponiéndose la inmediata elevación de los actuados de todo el proceso.

Llegada la fase de pronunciamiento el Colegiado dejaría en claro que la resolución de fecha 25 de Febrero del 2011 emitida por Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, había desnaturalizado en efecto, la sentencia constitucional emitida con fecha 17 de Marzo del 2009 por la Sala Mixta de Sicuani-Canchis ya que esta última no había dispuesto en ningún momento la suspensión definitiva del Proyecto Majes-Siguas II, ni menos aún, el archivo definitivo.

Abundaría el Tribunal en consideraciones en torno a la importancia de derechos como el medio ambiente y el agua así como en el trasfondo altamente sensible de la controversia planteada. En el contexto descrito, se inclinaría por declarar fundado el recurso de agravio constitucional, declarando nula la resolución judicial recurrida y ordenando la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral a iniciativa del Gobierno Nacional (Presidencia del Consejo de Ministros), del Gobierno Regional del Cusco y del Gobierno Regional de Arequipa y cuya realización quedará a cargo de la Autoridad Nacional del Agua, pudiendo el resultado de dicho estudio, si lo estiman pertinente las tres partes involucradas, ser sometido a la opinión técnica de una institución o especialista internacional cuyo

pronunciamiento será concluyente e inobjetable, luego de lo cual deberá ser remitido al propio Tribunal Constitucional a efectos de que este último declare el archivo definitivo del proceso constitucional.

Se intuye pues del pronunciamiento del Colegiado, el deseo de dar una respuesta mesurada a la par que satisfactoria frente al problema planteado, de modo tal que ninguna de las partes pueda alegar que sus derechos no fueron tomados en cuenta o que simplemente fueron desconocidos.

W) Sobre publicidad municipal que vulnera los derechos al honor y buena reputación de trabajadores ediles (Exp. N° 02756-2011-PA/TC. Caso: Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos)

Sentencia referida a un caso que consideramos interesante, sería dada a conocer con fecha 22 de Noviembre del 2011 dentro del proceso de amparo promovido por el Sindicato de Trabajadores Municipales de Chorrillos (SITRAMUN CH) a favor de don Aquilino P. Cayetano Sanabria. Los demandados serían la Municipalidad Distrital de Chorrillos, el alcalde de dicha comuna don Augusto Miyashiro Yamashiro y la Procuradora Pública edil, doña Cristina Lila de la Torre Ugarte Córdova.

Lo que se reclamaba en esta ocasión era la vulneración de los derechos al honor y a la buena reputación del trabajador en cuyo favor se interpuso la demanda a consecuencia de haberse colocado frente al local municipal y difundido mediante una serie de folletos y volantes, una lista de trabajadores y ex trabajadores a los que por seguir procesos contra la comuna demandada, se les acusaba de haber engañado a la Municipalidad, a los jueces y a todos los ciudadanos chorrillanos así como de haber cobrado sumas indebidas, como ocurre con el demandante, a quien se le imputo haber cobrado la suma de S/. 140,287.22 nuevos soles, situación que resulta absolutamente falsa además de peligrosa, por cuanto lo expondría a ser eventualmente agredido por los vecinos.

La Procuradora representante de la corporación municipal demandada alegaría en su contestación que los carteles y volantes cuestionados consignaban datos relativos a procesos en los que la comuna era parte demandada y que no se referían a información de carácter personal o familiar que pueda afectar derechos como los invocados. Por lo demás y según alegaba, con su actuación estaba haciendo uso de su derecho a la información y opinión a fin de informar a la ciudadanía sobre los egresos exorbitantes que ha tenido que afrontar como consecuencia de pactos colectivos celebrados por anteriores gestiones municipales.

La sentencia que emitiría el Tribunal en este caso, daría por hecho que aunque la Municipalidad demandada tiene la plena libertad de informar

sobre los procesos judiciales en los que viene participando, no puede pretender que la merituación de la conducta de aquellos con quienes litiga (sus propios trabajadores), sea calificada como un engaño a la municipalidad, a los vecinos chorrillanos y a los jueces, ya que ello importa la imputación de un comportamiento cuestionable no solo en términos éticos sino también legales, lo que evidentemente lesiona el derecho al honor y a la buena reputación. Por otra parte consignar que el recurrente cobro indebidamente y que debe devolver el monto de S/. 140,287.00 Nuevos Soles resulta igualmente violatorio de los derechos invocados, pues no sólo el demandante cuestiona haber percibido dicho monto de dinero, sino que a la demandada tampoco ha demostrado dentro del proceso, que mediante sentencia firme y con calidad de cosa juzgada se haya determinado dicha irregularidad y por tanto se haya dispuesto la citada devolución. Incluso de ser cierto el citado cobro, tampoco ha quedado acreditado que el mismo haya derivado de un proceso judicial, en cuyo caso y mientras dicho mandato no quede revocado, conservaría su presunción de legalidad.

En suma y habiéndose demostrado que efectivamente la Municipalidad demandada vulneró los derechos del trabajador en cuyo favor se interpuso el proceso, la demanda sería declarada fundada ordenándose a los emplazados el retiro inmediato de paneles, carteles, material o folletos que atenten contra los derechos invocados.

- X) Sobre el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales dentro de un plazo razonable y el control constitucional de resoluciones judiciales manifiestamente irrazonables (Exp. N° 03315-2010-PA/TC. Caso: Justo Clodomiro Caparo Zamalloa)

Ejecutoria que puede considerarse emblemática respecto del control de actos judiciales irrazonables, se publicaría con fecha 30 de Noviembre del 2011 dentro del proceso de amparo interpuesto por don Justo Clodomiro Caparo Zamalloa contra la Juez del a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo del Cusco, doctora Dina Meza Monge y contra los Vocales integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, doctores Carlos Quispe Alvarez, Octavio Concha Mora y Luis Murillo Flores.

Lo que se reclamaba en el presente caso era el comportamiento asumido por el Poder Judicial, al haber aprobado un cuestionable cronograma de pagos correspondientes a una deuda que debía serle cancelada al recurrente por haberse dispuesto así mediante sentencia emitida en un proceso contencioso administrativo seguido por el mismo demandante contra el Poder Judicial. Mientras que la deuda que debía cancelarse ascendía a la

suma S/. 300,000.00 Nuevos Soles, el referido cronograma establecía que el monto anual de cada pago no debía sobrepasar la suma de S/. 1,500.00 Nuevos Soles, lo cual representaba un total despropósito, pues el recurrente tenía la edad de 80 años al momento de su reclamo, lo que significaba que para efectos de cancelación del total de la deuda, el demandante tendría que esperar 171 años y contar con un aproximado de 251 años de edad.

De entrada y aunque el demandante no era muy claro en los términos de su pretensión (solicitaba por vía de amparo trabar embargo en dos cuentas del Poder Judicial por el monto de la suma adeudada) el Colegiado, aplicando acertadamente el principio de la suplencia de la queja, entendería que lo que se peticionaba en realidad era la nulidad de las resoluciones judiciales mediante las cuales se había desestimado su pedido de medida cautelar (tanto en primera como en segunda instancia judicial). Por lo demás eran estas últimas, las que para denegar lo peticionado, habían utilizado como argumentos que «... debido a la imposibilidad material por ausencia de créditos presupuestarios autorizados, por el momento no se puede efectuar el pago total de la acreencia en mención, como tampoco se puede reprogramar y hacer pagos mayores a los que se les viene haciendo...» (Resolución del 16 de Noviembre del 2009) o que «...la preocupación del demandante en cuanto respecta a la latitud del pago a ejecutarse, igualmente ha sido y es preocupación no sólo de esta Sala, sino de los demás órganos, cuyas sentencias deben cumplirse en el menor tiempo posible, sin embargo frente a la existencia de normas vigentes de cómo debe de ejecutarse ese pago, no existe otra alternativa que la que a la fecha la demandada está cumpliendo...» (Resolución del 20 de Enero del 2010).

El Tribunal Constitucional emitiría sentencia haciendo hincapié en la importancia que reviste el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales dentro un plazo razonable, dejando en claro que el cumplimiento de dicho atributo, no sólo es un asunto de interés exclusivo para quien lo invoca sino de indudable trascendencia para la propia vigencia del Estado Democrático de Derecho. En este contexto, repararía el Colegiado en dos cosas; la edad particular en la que se encontraba el recurrente (81 años al momento de resolverse) y su propia jurisprudencia en materia de deudas del Estado. Según esta última «el procedimiento establecido (en la Ley N° 27584) no debe servir de herramienta para postergar sine die el cumplimiento de las sentencias judiciales contra el Estado, por lo que es procedente la vía de la ejecución forzosa mientras se incumpla el pago parcial o total de la obligación... sin que el interesado tenga que esperar los 5 años a que se refiere la ley» (Cfr. Expedientes acumulados N° 015-2001-AI/TC, N° 016-2001-AI/TC y N° 004-2002-AI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Ica).

Asumiría por consiguiente el Tribunal que las resoluciones judiciales cuestionadas carecen de razonabilidad o lo que es lo mismo, resultan contrarias al debido proceso sustantivo, por cuanto no han tomado en cuenta la condición de avanzada edad del recurrente, al establecer un calendario de pagos que por la situación sensible en la que éste se encuentra, harían materialmente imposible la cancelación total de su acreencia, lo cual en la práctica sería un intento evadir o frustrar el mandato contenido en sentencias judiciales. Por otra parte, acusaría el Tribunal que los jueces ordinarios, no hayan tomado en cuenta la propia jurisprudencia constitucional, que permitiría, caso por caso, medidas excepcionales a favor de la ejecución de sentencias de manera rápida o efectiva.

La demanda sería declarada fundada decretándose la nulidad de las resoluciones judiciales cuestionadas así como disponiendo que los órganos judiciales respectivos emitan nuevo pronunciamiento en atención a los fundamentos contenidos en la sentencia constitucional. Esta ejecutoria por lo demás, sería muy bien recibida.

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

En materia de procesos constitucionales orgánicos de los que ha conocido el Tribunal Constitucional, merecen destacarse algunas ejecutorias, relevantes por los temas constitucionales en debate, por los desarrollos que han permitido en el ámbito de la jurisprudencia, o por el impacto o trascendencia socio política que les acompañó.

##### A) Sobre la sede del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0013-2010-PI/TC. Caso: Cinco mil cuatrocientos setenta y dos Ciudadanos)

Mediante Sentencia publicada con fecha 13 de Enero del 2011, el Tribunal se pronunciaría dentro de una causa directamente vinculada con su estatuto jurídico. Se trataría de la demanda de inconstitucionalidad planteada por Cinco mil cuatrocientos setenta y dos ciudadanos contra el Congreso de la República y en la cual se peticionaba la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301.

Lo que se solicitaba en esta demanda no era nuevo, sino que reproducía un debate que desde hace buen tiempo se venía dando en diversos ámbitos; el de saber si la definición contenida en el Artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en torno de su sede en la ciudad de

Arequipa, resultaba o no cuestionable, muy al margen de que el mismo también permita al Tribunal sesionar en cualquier otro lugar de la República.

A entender de los demandantes, la norma cuestionada era inconstitucional por supuestamente contradecir tanto el Artículo 43° de la Constitución Política que establece el carácter unitario y descentralizado del gobierno y su organización dentro del marco del principio de la separación de poderes, como el Artículo 49° de la misma norma fundamental, que reconoce a la ciudad de Lima como la Capital de la República. De acuerdo con la fundamentación realizada, ambos presupuestos, conducen a reafirmar la tesis de que los distintos órganos de gobierno del país, tienen su sede en la ciudad designada como capital. Por lo demás, la demanda incidiría en que solo por habilitación expresa del Constituyente, es que podría dejarse sin efecto la determinación de la sede de un órgano de poder, lo que sin embargo y en ningún momento sucedió en el caso del Tribunal Constitucional, de allí que la norma cuestionada desnaturalice lo establecido por la Carta Política.

Consideraría el Colegiado al respecto que la regulación de la sede de un determinado órgano constitucional se encuentra dentro de lo que la doctrina denomina como «constitucionalmente posible» (categoría distinta a otras como lo «constitucionalmente necesario» o lo «constitucionalmente prohibido»). En tal sentido se trata de una competencia que se ha delegado por la Constitución al legislador para que éste la pueda desarrollar conforme a criterios concretos que atiendan a su mejor funcionalidad. Prueba de lo dicho es que la misma norma fundamental estableció en su Artículo 106° que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, siendo que la regulación y optimización del funcionamiento de un órgano constitucional se encuentra relacionada con la determinación de la sede a donde el mismo habrá de desarrollar sus funciones.

El mismo Colegiado, sin embargo, nos advertiría que a pesar de la citada habilitación la misma no sería ilimitada sino que se encontraría sujeta necesariamente a dos criterios interpretativos **a)** Que el legislador no pueda fijar como sede una ciudad de difícil acceso para el óptimo desarrollo de las respectivas funciones y, **b)** Que el legislador no pueda impedir o prohibir que el órgano constitucional respectivo pueda realizar sus actividades en otras ciudades distintas a su sede o que tenga locales o sedes adicionales en la capital del país u otras regiones conforme a las diferentes exigencias o necesidades funcionales que se presenten.

En el contexto descrito y luego de evaluar la densidad en la carga procesal que maneja el Tribunal así como el origen de la misma, el Colegiado estimaría que el Artículo 1° de su Ley Orgánica no resulta incompati-



ble con la Constitución, siempre y cuando se asuma como criterio interpretativo que la determinación de las ciudades donde tiene su sede el Tribunal opera en función de los lugares de donde provienen el mayor número de expedientes sobre procesos constitucionales. De este modo y siendo Lima, la ciudad donde se genera la mayor carga procesal, no contravendrían tampoco a la Constitución las disposiciones del Tribunal que en uso de su autonomía, y de conformidad con la segunda parte del mismo Artículo 1º, establezcan también como su sede a la Capital de la República que es el punto de encuentro de aquellos procesos que provienen del norte, del centro y también del oriente del país.

La ciudad de Arequipa sería entonces una suerte de sede oficial, mientras que la ciudad de Lima una sede operativa permanente, con lo cual quedarían reinvidicadas las razones políticas que dieron origen a un dispositivo de tal naturaleza, pero sin que estas perjudiquen la operatividad del propio Tribunal y sobre todo el interés del justiciable. La demanda en tales circunstancias sería declarada infundada.

Un aspecto que el Colegiado no pasaría por alto en esta ejecutoria sería el referido al proceso de cumplimiento promovido en algún momento por un grupo de abogados arequipeños con la finalidad de que el Tribunal Constitucional, en cumplimiento del Artículo 1º de su Ley Orgánica, se traslade obligatoriamente a la ciudad Arequipa. La sentencia emitida en este proceso, cuestionable por muchos desde su propia concepción pero, por sobre todo, por la tramitación que se le otorgó (se conoció y sentenció por jueces de la misma citada localidad), quedaría virtualmente descalificada, al declararse la ineficacia de sus efectos jurídicos por parte del Tribunal Constitucional en atención al carácter vinculante de su propia jurisprudencia.

B) Sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (Exp. N° 0024-2010-PI/TC. Caso: Veinticinco por ciento del número legal de Congresistas)

Ejecutoria de singular importancia sería publicada con fecha 21 de Marzo del 2011 dentro del proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Veinticinco por ciento del número legal de Congresistas contra el Poder Ejecutivo, tras considerar inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1097.

La norma objeto de impugnación, tenía por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 957, específicamente en relación con aquellos procesos vinculados a delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en los Códigos penales de 1914 y 1991 y considerados como violaciones a

los derechos humanos y delitos contra la humanidad. De acuerdo con lo sostenido por los demandantes el citado Legislativo resultaba contrario a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente por vulnerar el derecho a la igualdad, al establecer un régimen especial en razón a la diferencia de las personas, que permitiría que policías y militares acusados de violaciones a los derechos humanos resulten beneficiados indebidamente y que a la par se coloque en indefensión a las víctimas de los citados delitos, fomentando de esta forma la impunidad.

La ejecutoria que emitiría el Tribunal Constitucional optaría por descartar la sustracción de materia en el presente caso pese haberse producido con posterioridad a la presentación y admisión de la demanda la derogación de la norma impugnada por conducto de la Ley N° 29572. Las razones para ello serían muy similares a las de anteriores pronunciamientos y se centrarían en la posibilidad de que la norma pudiese haber generado efectos durante su vigencia o que por virtud del principio de aplicación más favorable, pudiese ser invocada en futuros procesos.

En cuanto al fondo mismo, el Colegiado consideraría que en efecto, determinados contenidos de la norma impugnada entrarían en colisión con el derecho a la igualdad, por lo que se consideraría inconstitucional, entre otras cosas, que efectivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional cumplan detención preventiva (ordenada a mérito de un proceso penal por delitos como los antes señalados) al interior de sus propias instituciones. Similar criterio se alegaría en relación al efecto de sobreseimiento definitivo de una causa judicial, so pretexto del incumplimiento del plazo de instrucción.

La parte más importante de la ejecutoria estaría sin embargo referida a la declaratoria de inconstitucionalidad por conexión de la declaración contenida en el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N° 27998, norma esta última que aprobó la «Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad».

De acuerdo a la citada declaración, se precisaba que para efectos procesales, la Convención entró en vigor para nuestro Estado a partir del 9 de Noviembre del 2003, extremo que sería rebatido por el Colegiado por considerar que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, no sólo resulta aplicable a las conductas típicas cometidas después de la fecha citada, sino que por tratarse de una norma de *ius cogens*, sería aplicable en todo momento, encontrando su fundamento constitucional en el derecho fundamental a la verdad.

Por lo demás, consideraría el Tribunal que la norma contenida en la Resolución Legislativa mencionada, constituía en la práctica una reserva y dicha figura, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 19° de la Conven-

ción de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, resulta totalmente inviable cuando la misma resulte incompatible con el objeto y fin del tratado.

Esta sentencia parcialmente estimatoria sería muy bien recibida por la comunidad académica que ha considerado que con la misma se ha fortalecido el compromiso del Estado peruano en pro de los derechos humanos y el combate a la impunidad.

C) Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su equilibrio con la protección del medio ambiente (Exp. N° 0004-2010-PI/TC. Caso: Santiago Freddy Merino Bringas en representación del 1% de los ciudadanos del Distrito de Punta Hermosa)

Con fecha 04 de Abril del 2011, se publicaría una sentencia referida a un caso de particular interés fundamentalmente por el tipo de controversia que planteaba. Se trataría del proceso de inconstitucionalidad interpuesto por don Santiago Freddy Merino Bringas en representación del 1% de los ciudadanos del Distrito de Punta Hermosa contra la Municipalidad Distrital de Punta Hermosa, proceso en el que se solicitaba la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ordenanza N° 165-2009-MDPH del 31 de Agosto del 2009 y de la ordenanza N° 175-2009-MDPH del 17 de Noviembre del 2009.

Alegaban los recurrentes que las ordenanzas cuestionadas vulneraban sus libertades de opinión, expresión y creación artística, así como sus derechos a la identidad cultural, a la elección del domicilio, a la no discriminación, a la libertad de empresa y a la legítima defensa. Todo esto debido a que las mismas establecían imperativamente o con carácter obligatorio el pintar de color blanco sus viviendas, bajo advertencia de sanción económica en caso de incumplimiento.

Antes de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, el Tribunal optaría por pronunciarse sobre la existencia o no de materia justificable. En efecto, aunque las normas cuya inconstitucionalidad se solicitaba habían sido derogadas durante el transcurso del proceso, el Colegiado repararía en que el contenido de las mismas había sido reiterado mediante la Ordenanza 182-2010-MDPH, lo que hacían plenamente vigente el reclamo. Por lo demás, el que las citadas normas hayan desaparecido del ordenamiento no significaba que no hubiesen generado efectos, por lo que se hacía imperativo pronunciarse sobre los mismos.

La Ejecutoria haría hincapié en que los derechos invocados por los demandantes, no eran en rigor los pertinentes, sino más bien y en aplicación del principio *iura novit curia*, el derecho al libre desarrollo de la

personalidad que faculta que cada individuo disponga libremente su actuación o comportamiento sin que nadie tenga porque imponer estilos o formas determinadas respecto del mismo. Agregaría que aunque dicho atributo (al igual que cualquier otro) puede ser limitado, el problema planteado consiste en determinar si la autoridad (en este caso municipal) puede, utilizando los criterios a los que se remite la norma cuestionada, restringirlo en la forma en que lo ha hecho al extremo de obligar a que las personas pinten sus propiedades de una determinada manera, bajo advertencia de sanción económica.

La Ordenanza 182-2010-MDPH, que en sus contenidos esenciales ha reiterado los mismos criterios que sus predecesoras, ha pretendido sustentarse en dos argumentos específicos **a)** La necesidad de preservar el medio ambiente y **b)** La disminución de los índices del calentamiento global. El Colegiado al respecto y apreciando el Informe Técnico N° 249-2010-DGC-CDRH/DVMDERN/MINAM de fecha 19 de Octubre del 2010 expedido por la Dirección General de Cambio Climático, Desertificación y Recursos Hídricos del Ministerio del Ambiente, llegaría a la conclusión, sustentada en dicho informe, que el pintado de blanco no es una acción que aisladamente promueva la captura o disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero (disminución del calentamiento global), por lo que mal hace la municipalidad en imponer el pintado cuando carece de argumentos técnicos que legitimen en este extremo, la limitación realizada. Sin embargo y en atención al Informe N° 237-2010-DGCCDRH/DVMDERN/MINAM de fecha 04 de Noviembre del 2010 emitido por la misma Dirección General de Cambio Climático, Desertificación y Recursos Hídricos del Ministerio del Ambiente, asumiría que la pintura blanca dispuesta en fachadas puede otorgar mayor confort térmico en lugares con niveles altos de radiación solar por el efecto de Albedo, en escala temporal de forma muy localizada, resaltando por lo demás y de acuerdo al Informe N° 108-2010-GDPIST-DUCT-MDPH del 12 de Mayo del 2010 evacuado por la División de Gestión de Proyecto de Infraestructura Social y Productiva-Desarrollo Urbano y Control Territorial de la Municipalidad de Punta Hermosa, que el color blanco tiene la propiedad de impedir el paso de las radiaciones solares, lo que ocasiona que al interior de las edificaciones se éste más fresco provocando ahorro de energía en refrigeración.

En las circunstancias descritas entendería el Tribunal que aunque el derecho al libre desarrollo de la personalidad efectivamente podía verse limitado en aras de un fin justificado como lo era la preservación del medio ambiente, la formula compulsiva para lograr dicho propósito no era la más idónea, pues al mismo resultado se podría llegar mediante fórmulas menos gravosas o mucho menos restrictivas como podrían ser por ejemplo y entre otras, el establecimiento de beneficios tributarios para

aquellos vecinos que optaran por pintar sus casas de la manera en que lo promovía la comuna municipal.

La Sentencia declararí fundada en parte la demanda interpuesta.

D) Sobre el carácter cultural de los espectáculos taurinos (Exp. N° 0017-2010-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima Norte)

Sentencia relevante, no tanto por el tema principal por el que se reclamaba, sino por la curiosa mutación jurisprudencial que representaría para el Tribunal Constitucional, sería la publicada con fecha 09 de Mayo del 2011, dentro del proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el Congreso de la República, solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad tanto del Artículo 2° de la ley N° 29168, Ley que promueve el desarrollo de los espectáculos públicos no deportivos, que modifica los Artículos 54° y 57° del Decreto Supremo N° 156-2004-EF, como del Artículo 1° de la Ley N° 29546, Ley que modifica y prorroga la vigencia de los Apéndices I y II del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-99-EF.

Aunque la materia principal de reclamo se vinculaba en este caso a una presunta vulneración del principio-derecho de igualdad, por considerarse un exceso el gravar tributariamente las corridas de toros como espectáculos públicos no deportivos, dando trato preferente a los espectáculos públicos deportivos, el Colegiado aprovecharía la oportunidad para modificar radicalmente la toma de posición que respecto de las corridas de toros había dejado sentada en la sentencia N° 0042-2004-AI/TC (Caso: Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos).

En efecto, en la consabida sentencia el Colegiado de la época<sup>9</sup> llegaría a la conclusión de que los espectáculos taurinos antes que una manifestación cultural, representaban, por la manera como estaban configurados, conductas reprochables reñidas con los valores constitucionales e innecesariamente crueles para con los animales (concretamente para con los toros). En aquella oportunidad dicho pronunciamiento origino un gran debate pues determinados sectores centraron su crítica, más que en la posición asumida por el Tribunal, en el hecho de que utilizara una causa donde el tema central era netamente técnico (materia tributaria) para pronunciarse sobre un asunto que no era el directamente reclamado y en el que por lo demás, existían posiciones abiertamente contrarias (entre los aficionados a la tauromaquia y sus detractores).

<sup>9</sup> La citada ejecutoria fue emitida en su día por los Magistrados Javier Alva Orlandini, Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Vergara Gotelli y César Landa Arroyo.

En el caso que ahora conocería el Tribunal, ocurriría prácticamente lo mismo, pero en sentido contrario. El tema en debate como ha quedado dicho, se refería a una presunta vulneración del derecho a la igualdad y sobre esto último el Colegiado habría de desestimar la demanda. Lo sorprendente sin embargo es que en esta ocasión, el Tribunal, en lugar de limitarse a dicho extremo, replantea sus posiciones e intenta argumentar en todas las formas posibles que los espectáculos taurinos son parte de nuestra tradición y cultura y como tales, no pueden ser desconocidos. Buena parte de su discurso es casi una invitación (histórica y en algunos pasajes, hasta literaria) para que admiremos las corridas de toros, invitando cordialmente a los que no les agrada el espectáculo, para que simplemente no lo vean o más aún, lo ignoren por completo.

Desde nuestra particular perspectiva, no es imposible que un Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las corridas de toros. Ello es perfectamente legítimo que ocurra cualquiera que sea la posición que finalmente se adopte, pero lo que no nos parece muy ortodoxo que digamos, es que dicha toma de posición se haga utilizando controversias que no encierran tal debate como eje central de discusión. Tanto en el primer caso como en el que ahora se comenta, la discusión, no ha sido la constitucionalidad de los espectáculos taurinos, sino temas de índole tributaria y hacia ellos es que creemos debió enfocarse el análisis. Optar como lo ha hecho el Colegiado, por un pronunciamiento colateral (que curiosamente termina convirtiéndose en lo esencial de la argumentación) parece bastante cercano al decisionismo que en algún momento se crítico como parte de los excesos que debían evitarse.

En cuanto al contenido mismo de la sentencia y ya que el Tribunal ha asumido una posición al respecto (nada nos asegura que en el futuro las ideas no puedan cambiar otra vez) resulta sintomático, que se cite un párrafo de una sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana (tan brillante como progresista en muchos temas, pero no por ello infalible) contradictorio como absurdo en su esencia misma: «(a)un cuando en su desarrollo se pone en peligro la integridad del diestro o torero, se infringe dolor y se sacrifica al toro, dichas manifestaciones no corresponden a actos de violencia, crueldad, salvajismo o barbarie, sino a demostraciones artísticas, y si se quiere teatrales, de las disyuntivas constantes a las que se enfrenta el quehacer humano: fuerza y razón, arrojo y cobardía, vida y muerte». Con una lógica de ese tipo, un padre que masacra a su hijo por desobediente, parece que no lo haría por malo, ni por cruel (menor por cierto, por criminal) sino como parte del cariño inveterado que le profesa y del deseo legítimo de que su hijo crezca o se desarrolle tan «sabio» como su agresor.

Otro punto opinable de la ejecutoria, podría ser a nuestro juicio, la apelación que se hace a la Ley N° 27265 (Ley de Protección a los Anima-

les Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en Cautiverio), pretendiendo afirmar que como dicha norma exceptúa de sus alcances a las corridas de toros (también por cierto a las peleas de gallos), ya por eso queda descartada la ilegitimidad de los espectáculos taurinos. Que sepamos, la Constitución no se interpreta de conformidad con la ley, sino exactamente al revés (la ley de conformidad con la Constitución), por lo que es obvio que cualquier interrogante debería ser respondida fundamentalmente desde la Constitución y sus valores y no precisamente desde exclusiva voluntad del legislador.

Siendo tan controversial la materia discutida, creemos que la ejecutoria, sin dejar de optar por una posición determinada, bien pudo ser un poco más mesurada en sus argumentos.

E) Sobre restricciones legales en el consumo de tabaco y la protección del derecho a la salud (Exp. N° 0032-2010-PI/TC. Caso: Cinco Mil Ciudadanos)

Una de las controversias de mayor interés sería zanjada mediante sentencia publicada con fecha 21 de Julio del 2011. Se trataría del proceso de inconstitucionalidad promovido por Cinco Mil Ciudadanos contra el Congreso de la República y mediante el cual se solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 3° de la ley N° 28705 (Ley General para la Prevención y Control de los riesgos del consumo de tabaco).

De acuerdo con el contenido de la norma impugnada, quedaba prohibido el consumo de tabaco en cualquier espacio público que tuviese carácter cerrado, así como en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos. A juicio de los recurrentes estas prohibiciones resultaban totalmente excesivas, por cuanto el Artículo 8° de la Constitución (referido a la protección de la salud) se limita a establecer un mandato de regulación del tabaco pero no a prohibirlo. En la manera como ha quedado establecida la regulación, se vulnera el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad al impedirse que las personas que consumen tabaco opten por fumar, pese a que ello no afecta en modo alguno los derechos de los no fumadores. Se transgrede asimismo los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, al prohibirse de manera absoluta los establecimientos con ambientes exclusivos para fumadores, sin que existan razones objetivas para ello. Tampoco y por otra parte es idóneo para proteger la salud de los no fumadores, prohibir fumar en las áreas abiertas de los centros educativos para adultos, pues en dicho supuesto y al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se verían perjudicados por el humo del tabaco. Por último, advierten los demandantes que al incorpo-

rarse restricciones como las descritas, se estaría promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, afectándose con ello a los niños y niñas de padres fumadores así como incitándolos a fumar en imitación del modelo.

La demanda sería contestada por el Congreso de la República quien solicitaría que la misma sea desestimada, entre otras cosas, en atención a que el legislador actuó en observancia Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco que es un Tratado con rango constitucional referido a la salud, que obliga a promover mecanismos que de manera continua y sustancial reduzcan la exposición al humo del tabaco. En este contexto, lo que buscan las normas impugnadas es proteger el derecho a la salud, no prohibiendo de manera absoluta el consumo de tabaco, sino de forma razonable. También se incorporarían al proceso en calidad de *Amicus Curiae* tanto la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú como O'Neill Institute for National And Global Health Law de la Escuela de Derecho de Georgetown, Campaign for Tobacco Free Kids y Alianza para el Convenio Marco. Ambas organizaciones abundarían en la exposición de datos científicos que demostrarían no sólo la necesidad de que los Estados promuevan políticas de reducción en el consumo de tabaco, sino en el hecho de que la única forma de lograr dicho objetivo, es con la presencia de establecimientos 100% libres de humo.

La ejecutoria del Tribunal haría hincapié en la necesidad de reconocer que la libertad de fumar encuentra perfecto asidero dentro del marco del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (o libre desarrollo de la personalidad, como también lo entiende la sentencia) sin embargo ello no significa que el establecimiento de restricciones sobre la misma, afecten el contenido de dicho derecho, ya que ello sólo será posible si las mismas no superan el principio de proporcionalidad. De igual forma se acepta, que aunque las restricciones cuestionadas restringen derechos como la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, tampoco se sigue de dicha lectura que las mismas sean contrarias a la Constitución, ya que por principio ningún derecho es absoluto, requiriéndose evaluar el tipo de limitación de que se trate. En el contexto descrito y en aplicación de cada uno de los subprincipios del consabido juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) pasaría a explicarnos el Colegiado su posición al respecto.

Con relación al subprincipio de idoneidad dejaría el Tribunal en claro que la finalidad de la norma cuestionada sería proteger el derecho a la salud tanto de los no fumadores como de los fumadores, para lo cual se buscaría reducir los costos sanitarios que genere el tratamiento de las enfermedades producidas por el tabaco, desalentando su consumo a través de



las prohibiciones incorporadas. Ello no obstante, el análisis de idoneidad se centraría principalmente en el caso de los no fumadores, en tanto a juicio de los demandantes, no podría el Estado adoptar sobre los mismos una opción típicamente paternalista o invasiva de la libertad (al pretender cuidarlos cuando son ellos los que desean libremente fumar). El Colegiado, discreparía respecto de tal afirmación, en la lógica de distinguir paternalismo de moralismo legal (o perfeccionismo), asumiendo que mientras el segundo si sería invasivo, no sucedería lo mismo y bajo determinadas circunstancias con el paternalismo, ya que si de lo que se trata es de proteger un daño sobre la propia persona (sobre el fumador en este caso) si sería legítimo un cierto nivel de intervención. En dicho escenario la finalidad de las normas objetadas sería pues perfectamente legítima, no debiéndose pasar por alto que esta última, además de todo, es también obligatoria conforme lo previsto en el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco.

En cuanto al subprincipio de necesidad, resaltaría el Colegiado que las restricciones establecidas contribuirían de modo notorio a la reducción del consumo de tabaco en la sociedad, según ha podido acreditarse a la luz de informes científicos y opiniones autorizadas de expertos en la materia, sin que por su parte se haya demostrado que otros mecanismos reguladores como los que plantean los demandantes (áreas exclusivas para fumadores por ejemplo) hayan podido lograr dicho propósito. Por el contrario, en el caso de estas otras alternativas se ha visto que las mismas no impiden del todo la penetración de humo sobre los no fumadores, lo que excluye de plano que sus efectos sean los mismos que lo que sucedería con las medidas implementadas. Por lo demás y en lo que respecta a la prohibición de fumar en establecimientos educativos, no puede ser coherente aceptar que donde se imparte un servicio público tan importante para el desarrollo de la personalidad como lo es la educación (y a donde además, también asisten menores de edad), se promueva una conducta de consecuencias devastadoras para la salud.

Por último y en lo que respecta subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto optaría el Tribunal por distinguir entre bienes primarios y secundarios, llegando a considerar que el fumar no puede ser de ninguna manera un bien primario, sino un acto dañino es si mismo que aunque es libre de ponerse en práctica por quien así lo desee, no puede estar al mismo nivel de aquellos bienes esenciales para la realización de la persona. Enfatizaría por lo demás en que las prohibiciones establecidas, tampoco pueden servir de incentivo para que se vean perjudicados los niños y niñas de padres fumadores, pues estos últimos tienen el deber de promover los valores constitucionales, siendo de su entera responsabilidad (no del legislador) el perjuicio que por fumar puedan ocasionarles.

La sentencia desestimaría la demanda, prohibiendo la adopción de cualquier tipo de medida que proteja en menor grado el derecho a la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera como lo hace la legislación adoptada.

Al margen de que se pueda o no estar de acuerdo con el resultado en el que desemboca la presente ejecutoria, varias cosas de la misma pueden considerarse opinables.

En primer término, no parece muy convincente la fusión que en la práctica ha hecho el Tribunal entre el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (del que hablaba explícitamente la carta constitucional de 1979) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad que reconoce la vigente Constitución. En rigor, no son exactamente lo mismo ambos atributos, pues mientras que en el primero la autodeterminación personal es absolutamente libre en tanto no se oponga a otros derechos o bienes jurídicos, en el segundo, el parámetro de actuación individual tiene hondas raíces estimativas (morales). El Colegiado incluso confunde la postura que asumió en el pasado sobre el primero de los mencionados atributos (según la cual se trataba de un derecho innominado)<sup>10</sup> como si aquella hubiese sido hecha en referencia del libre desarrollo de la personalidad (que por el contrario si es un derecho explícito) cuando ello en ningún momento ocurrió de dicha forma. La polémica sobre ambos derechos, no sería por lo demás irrelevante pues de haberse enfocado el tema desde la perspectiva del libre desenvolvimiento de la personalidad (como lo querían los demandantes) el juego de encuadramiento valorativo podría haber sido distinto o por lo menos mucho más ponderado.

El Tribunal, recogiendo a la doctrina mas autorizada, distingue acertadamente entre paternalismo y legalismo moralista, asumiendo que mientras el primero si estaría legitimado en términos constitucionales, no sucedería lo mismo con el segundo. El caso sin embargo, es que gran parte del discurso utilizado por la sentencia se orienta a formular un decidido enjuiciamiento moral (descalificatorio) acerca del tabaquismo. Con esta postura se puede o no estar de acuerdo, pero ello no parece muy coherente con el concepto de paternalismo (casi agnóstico) que el Tribunal intenta manejar. Hay párrafos en la sentencia que parecen un alegato de condena hacía la conducta del fumador.

Los argumentos que utiliza el Tribunal a favor de la prohibición de ambientes exclusivos para fumadores en lugares cerrados para el público están bastante mejor elaborados que los que utiliza para intentar justificar la prohibición en espacios abiertos al interior de los centros de enseñanza, donde la verdad y por mucho esfuerzo dialectico que se ha puesto en prác-

---

<sup>10</sup> Cfr. al respecto la sentencia recaída en el Exp. N° 0007-2006-AI/TC (Caso: Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari).

tica, se notan bastantes falencias. Si la lógica es la incompatibilidad entre la educación y los valores que esta persigue con los grandes males que supone el tabaquismo, entonces también debería prohibirse el consumo de cigarrillos en los estadios o escenarios abiertos, ya que el deporte, como es fácil demostrar, de ninguna manera va de la mano con el cigarrillo.

La parte más polémica de la sentencia sería tal vez la prohibición de que en el futuro se adopten medidas distintas a las actualmente adoptadas (y cuestionadas precisamente en el proceso). Tal mandato en realidad, partiría del supuesto de que jamás o en ninguna circunstancia sería posible implementar mecanismos diferentes, que sin embargo y a pesar de todo, puedan cumplir los mismos objetivos a los perseguidos por las normas restrictivas actuales, lo que sucedería, por poner un ejemplo, si se permitiera la existencia de áreas de fumadores en los lugares públicos, se diseñara alguna técnica que evitara la contaminación de humos provenientes desde tales áreas hacia la de los no fumadores. A decir verdad, no entendemos cómo es que un órgano de Justicia puede atreverse a predecir lo que pueda o no lograr la ciencia o la tecnología en el futuro, cuando la creación de mecanismos no contaminantes iguales o hasta mejores, no depende como parece obvio decirlo, de lo dispuesto por un fallo, por más impecable que este sea.

No creemos que la intención del Colegiado haya sido negativa, pero la sentencia, a pesar de la gran cantidad de argumentos que utiliza (muchos de ellos, realmente inmejorables), deja todavía bastantes cosas sin respuesta, dando la impresión de que se trata más una opción moral (por supuesto, respetable) que de un discurso técnicamente coherente. Su mensaje hacía los fumadores pareciera reducirse a una frase no muy atractiva, pero presumiblemente cierta: Es un problema creado por ustedes, arréglenlo entonces como puedan.

## 5. BALANCE GENERAL. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las sentencias seleccionadas para el presente trabajo, no han sido por supuesto, las únicas que ha expedido el Tribunal Constitucional durante el periodo examinado. Existen otras tantas que bien podrían haber servido como referente de análisis. Ello no obstante, el interés de las materias abordadas así como la trascendencia de los fallos emitidos es lo que de una forma o de otra ha justificado su incorporación.

Del estudio de cada uno de estos pronunciamientos es posible inferir el derrotero que el Colegiado peruano ha ido marcando en los últimos tiempos, el que matices más matices menos, nos sigue pareciendo valioso de cara a los retos que seguramente vendrán en el futuro.

En tanto ello, queda claro que nos encontramos ante un Tribunal que con sus virtudes y defectos sigue intentando construir el derecho constitucional desde una perspectiva jurisprudencial, compatible con la dinámica y exigencia de su estatus y de las importantes funciones conferidas por la norma fundamental.