

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO DURANTE EL AÑO 2013 (BALANCE JURISPRUDENCIAL)

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS*

SUMARIO

I.—INTRODUCCIÓN. II.—PRINCIPALES EJECUTORIAS EMITIDAS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS. III.—PRINCIPALES EJECUTORIAS EMITIDAS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS. IV.—A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El tramo que corresponde al año 2013, nos ha evidenciado un Tribunal Constitucional sujeto a un notorio desgaste, al extremo que buena parte de su producción jurisprudencial, se ha caracterizado por un sesgo acentuadamente polémico que ha originado no pocos cuestionamientos.

Lo señalado, naturalmente, no significa que no hayan existido casos importantes que de alguna forma merezcan ser rescatados, pero el hecho de que el pleno del Tribunal o los magistrados que lo integran, tengan prácticamente en su totalidad los mandatos vencidos (y algunos, con varios años de exceso), ha planteado un delicado problema de legitimidad que cada vez se ha ido haciendo más notorio.

Casi a gritos, el Tribunal ha venido reclamando ser renovado. Lamentablemente el Congreso de la República, que es a quien corresponde la tarea de elegir nuevos magistrados constitucionales, ha brillado por su in-

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

diferencia ante un problema tan evidente y cuando finalmente le ha tocado enfrentarlo, lo ha hecho de una manera tan deficiente que lejos de contribuir a fortalecer la imagen de nuestra propia institucionalidad (y con ella, la del mismo Tribunal), la ha terminado debilitando de una manera realmente escandalosa. Prueba de lo dicho ha sido el clima de aguda crisis política y notorio descontento popular desatado tras el último y fallido intento de elección de Magistrados Constitucionales¹.

De todos modos y a pesar de un contexto tan poco deseable como el descrito, vale la pena que de manera muy sumaria, pero a la par suficientemente indicativa, se pase revista de las principales ejecutorias expedidas durante el año 2013.

II. PRINCIPALES EJECUTORIAS EMITIDAS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

En lo que respecta a los procesos constitucionales de protección de derechos fundamentales, han sido emitidas las siguientes ejecutorias:

a) Sobre la declaratoria del Señor de los Milagros como patrono del Perú y la presunta afectación a la libertad religiosa (Exp. N° 3372-2011-PA/TC. Demanda de Amparo interpuesta por don Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas contra el Presidente del Consejo de Ministros y el Presidente de la República).

Mediante sentencia publicada con fecha 09 de Abril del 2013, el Tribunal dejaría establecido que el hecho de que se declare legalmente al Señor de los Milagros como Patrono del Perú, no constituye afectación a la libertad religiosa de las personas que no profesan la religión católica habida cuenta de la importancia que asume la festividad del Señor de los Milagros en cuanto expresión cultural y tradición fuertemente arraigada en la sociedad peruana. Dejaría establecido el mismo Colegiado que distinto sería el caso si lo que se pretendiera con la decisión legal impugnada es consagrar a nuestro país a la citada imagen, ya que ello sí podría ser tomado como un acto de ofrecimiento o subordinación, lo cual se encontraría reñido con el principio de laicidad al que se adscribe nuestra norma fundamental.

¹ No es objeto de este trabajo analizar la crisis política acaecida tras el último intento de elección de magistrados constitucionales producido en el mes de Julio del año 2013, pero es bueno señalar que la misma, pese haberse iniciado desde el ámbito parlamentario, no hizo sino agudizar el clima de hondo cuestionamiento a la labor jurisdiccional del propio Tribunal. Al respecto puede verse Blume Fortini, Ernesto.- El Perú: Un Estado Constitucional en formación, La abortada última elección de magistrados del Tribunal Constitucional de Julio del 2013; *Ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Tucumán, 17-09-2013).

Desde nuestro punto de vista, la sentencia debió analizar si es lo mismo la festividad en cuanto tal, que la imagen del personaje representado. Mientras que lo primero sí puede ser asumido como tradición cultural, lo segundo, no necesariamente.

La demanda sería declarada infundada.

b) Sobre la reserva de la acción penal como supuesta vulneración de la integridad psíquica (Exp. N° 0114-2012-PHC/TC. Demanda de Habeas Corpus interpuesta por don Jesus Alberto Wetzell Gayoso a favor de don Pinkas José Flint Blanck contra el Fiscal de la Decimo Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima, doctor Fidel Raúl Castro Chirinos y contra el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio Público).

Con fecha 16 de Abril del 2013 se publicaría esta ejecutoria emitida en mayoría, de acuerdo con la cual se declararía fundada una demanda de habeas corpus contra la decisión del fiscal emplazado de denunciar a determinadas personas y a la par, de reservarse el derecho de ejercitar acción penal específicamente contra el beneficiario de la demanda por el presunto delito contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio y otros) de surgir en el futuro mayores elementos indiciarios o probatorios dentro del proceso penal a iniciarse.

Los Magistrados que suscriben esta ejecutoria considerarían que la citada decisión afecta el derecho a la integridad psíquica del favorecido, sin reparar en que la misma de ninguna manera supone restricción de derechos fundamentales, pues no se estaba afectando la libertad del beneficiario ni tampoco emprendiendo acciones encaminadas a perturbarla. Al revés de ello, la sentencia omite considerar los roles del Ministerio Público y la necesidad de que en ningún momento pueda renunciarse a la búsqueda de la verdad en torno de la comisión de un delito.

c) Sobre la facultad de auto tutela de la administración tributaria y sus límites (Exp. N° 2044-2009-PA/TC. Demanda de Amparo interpuesta por don Juan Ricardo Leiva Salazar contra el Ejecutor Coactivo y la Auxiliar Coactivo de la Intendencia Regional Junín de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria).

Mediante sentencia publicada también con fecha 16 de Abril del 2013, el Tribunal se pronunciaría sobre la legitimidad constitucional de las medidas cautelares trabadas por parte de la administración tributaria a través de sus ejecutorías coactivas, tras argumentarse en la demanda que ello sólo era facultad reservada de manera exclusiva al Poder Judicial.

Señalaría el Colegiado que la facultad de autotutela asumida por parte de la administración resulta plenamente compatible con la Constitución, no

obstante lo cual la misma debía ser ejercida de manera compatible con los derechos fundamentales.

En este escenario y a pesar de que la demanda sería declarada infundada, el Tribunal sentaría importantes criterios en torno a la facultad de embargo por parte de la administración, dejando en claro que no es razonable que se mantenga un embargo sobre varias cuentas bancarias del deudor cuando la misma se encuentre asegurada con la afectación de una sola de las citadas cuentas. Asimismo se dejaría establecido como responsabilidad de la propia administración tributaria, del ejecutor coactivo o de las propias entidades del sistema financiero, el levantamiento de las medidas cautelares innecesariamente trabadas en contra del administrado.

d) Sobre la correcta interpretación del delito de peculado de uso (Exp. N° 4298-2013-PA/TC. Demanda de amparo interpuesta por doña Leny Patricia Vásquez Castro a favor de don Roberto Torres Gonzales, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo contra los Vocales de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y contra el Procurador Público del Poder Judicial).

Con fecha 17 de Abril del 2013, el Tribunal Constitucional publicaría sentencia en mayoría en el curso de un amparo interpuesto contra una sentencia de carácter condenatorio mediante la cual se había responsabilizado al demandante como autor del delito de peculado de uso.

La ejecutoria constitucional estimaría la demanda bajo la consideración de que la sentencia condenatoria contenía una motivación aparente al haber efectuado una interpretación restrictiva de una de las excepciones previstas en torno del citado tipo penal, habida cuenta que una utilización excesivamente rígida de la citada norma podría llevar a desnaturalizar su finalidad al considerar que cualquier uso de un vehículo público por persona distinta del funcionario pueda ser considerada como un supuesto del citado delito. En tales circunstancias se dejaría sin efecto la resolución cuestionada con la finalidad de que se motive adecuadamente y con sujeción a parámetros de razonabilidad, la individualización de aquellas conductas que si constituyan la comisión del delito de peculado de uso.

e) Sobre la tutela de derechos de tipo societario (Exp. N° 4378-2012-PA/TC. Demanda de amparo interpuesta por don Nicolás Ruesta Peña contra don Harold Oswaldo Cavero Portilla, doña Mabel Tarcilla Paredes Sarmiento, don Harold Andrés Cavero Paredes y doña Andrea Carolina Cavero Paredes).

Ejecutoria bastante opinable sería publicada con fecha 22 de Abril del 2013, en el curso de un proceso de amparo promovido por un particular

contra otro grupo de particulares por un tema de disputa típicamente societario.

Evidentemente y de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, es perfectamente procedente el amparo contra particulares y, en dicho escenario también la tutela del derecho de asociación y de los alcances que dicho atributo supone (libertad de asociarse, de no asociarse, de desvincularse asociativamente, etc.); pero de allí a determinar que también forman parte del citado derecho todos los aspectos legales o reglamentarios que le conciernen a una entidad corporativo particular hay una distancia radical. Es precisamente ello lo que sucede con la ejecutoria en referencia; en su afán de tutelar las pretensiones reclamadas pretende zanjar una controversia típicamente legal al interior de una empresa, llegando incluso al extremo de reponer al demandante en el cargo de gerente, como si dicho estatus fuese un autentico derecho constitucional o a determinar una serie de medidas en relación con el capital social de la empresa.

f) Sobre el uso de testigos sin rostro en el curso de los procesos penales (Exp. N° 3524-2012-PHC/TC y Exp. N° 3345-2012-PHC/TC Acumulados. Demanda de Habeas Corpus interpuesta por don David Sánchez Manrique Pancorvo contra la Jueza del Cuadragésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, doctora Judith Villavicencio Olarte, el Fiscal de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Descentralizada de Santa Anita, doctor César Andrés Espinoza Huarac y la Fiscal Ad Hoc, doctora Elizabeth Parco Mesía).

Otra de las resoluciones polémicas expedidas durante el tramo examinado sería publicada con fecha 15 de Mayo del 2013.

En este caso, el Tribunal se basaría en la causal de improcedencia prevista en el inciso 1) del Artículo 5° del Código Procesal Constitucional para desestimar la demanda aduciendo que los hechos cuestionados no se encontraban referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos reclamados (debido proceso, motivación resolutoria), argumento, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable, pues, con independencia del carácter grave y mediático que revestían los hechos que se investigaban y que se encontraban vinculados a la muerte de un joven seguidor de un popular equipo de futbol en manos de un grupo de barristas del equipo contrario, el hecho concreto es que la materia en debate sí revestía incuestionable relevancia constitucional. En efecto, de acuerdo con el petitorio de la demanda, lo que se reclamaba era el hecho de que la incriminación contra el accionante se basara exclusivamente en el uso de testigos sin rostro y en la imposibilidad de que contra los mismos pueda oponerse cualquier forma de tacha en claro desbalance o desigualdad frente a la situación procesal en la que se encontraban sus acusadores, quienes, por el

contrario, sí tenían la posibilidad de tachar a los testigos ofrecidos por el procesado.

Más allá del resultado en el que hubiese podido desembocar este caso, creemos que el Colegiado desperdició una brillante ocasión para definir un tema de incuestionable importancia en el ámbito del debido proceso y su elenco de garantías.

g) Sobre la ampliación en la titularidad del derecho a la autodeterminación informativa (Exp. N° 1887-2012-PHD/TC. Demanda de Habeas Data interpuesta por don Jesús Gonzalo Barboza Cruz contra el Director de Recursos Humanos de la Policía Nacional del Perú).

Con fecha 04 de Junio del 2013, el Tribunal publicaría resolución en la presente causa, la misma que aunque tendría carácter desestimatorio, abriría por primera vez y de manera embrionaria una puerta bastante interesante en materia de titularidad del derecho a la autodeterminación informativa.

En efecto, el demandante solicitaba la entrega de una serie de informaciones personales pertenecientes a un efectivo policial aduciendo ser el abogado patrocinante de la ex esposa de dicho oficial.

En este contexto, y a pesar de que el Colegiado desestimaría la demanda por considerar que no se había acreditado el patrocinio o la representación del citado abogado, dejaría claramente establecido que aunque el derecho a la autodeterminación informativa es un atributo de tipo estrictamente personal, el mismo puede verse relativizado si quien invoca el acceso a los datos personales mantiene un vínculo generado por efectos de una sociedad conyugal, lo que originaría que en tales supuestos la legitimación en el ejercicio del citado derecho pueda verse ampliada.

h) Sobre el recurso de agravio verificador de la homogeneidad de los actos considerados como lesivos (Exp. N° 5496-2011-PA/TC. Demanda de Amparo interpuesta por don Agustín Llantoy Palomino contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa Local N° 4 del Ministerio de Educación).

La presente sentencia publicada con fecha 13 de Junio del 2013, desarrollaría, a título de doctrina jurisprudencial vinculante, importantes criterios en materia de solicitudes de represión de actos homogéneos, reconociendo asimismo la existencia de una nueva modalidad de recurso de agravio constitucional en los casos en los que desestime tales peticiones. El citado medio impugnatorio tendrá por objeto verificar la homogeneidad de los actos lesivos, sea que los actuados provengan de sentencias del Poder Judicial, sea que deriven de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

Por lo demás y en los casos en los que el Poder Judicial, deniegue los recursos de agravio, se tendrá expedito el recurso de queja el que será resuelto directamente por el propio Tribunal Constitucional.

i) Sobre el uso de facultades restrictivas por parte del Ministerio Público respecto de quienes no tienen la calidad de investigados (Exp. N° 4194-2012-PHC/TC. Demanda de Habeas Corpus interpuesta por don Rubén Darío Rivera contra el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, doctor Sandro Paredes Quiroz).

Otra sentencia harto polémica dentro del repertorio seleccionado, sería publicada por el Tribunal Constitucional con fecha 20 de Junio del 2013.

En este caso, se reclamaba respecto de una disposición fiscal por la cual el demandado había dispuesto la conducción compulsiva del demandante al Despacho Fiscal, no obstante tener este último la condición de denunciante.

El Colegiado desestimaría la presente demanda convalidando la actuación del Fiscal emplazado bajo argumentos notoriamente opinables. En efecto, independientemente de lo cuestionable que ya de por sí resultaba la fórmula contemplada en el Artículo 66° del Código Procesal Penal, que habilita en favor del Ministerio Público atribuciones restrictivas contra la libertad de las personas en clara oposición de lo establecido por nuestra Constitución Política (que sólo legitima a los jueces la adopción de medidas restrictivas sobre la libertad), sorprende que un Tribunal que tutela derechos pretenda sostener que una norma restrictiva de los mismos deba ser interpretada de manera amplia o extensiva.

El hecho de que la norma antes citada no distinga que su aplicación opere solo para los investigados, no valida per se una aplicación genérica de la misma. Proceder de dicha forma supone desconocer elementales máximas de interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales merced a convalidar una actuación que a la luz de los hechos reclamados resultaba a todas luces irrazonable y desproporcionada.

j) Sobre la ejecución de las sentencias constitucionales y el efecto de las transacciones extrajudiciales (Exp. N° 1722-2011-PA/TC. Demanda de amparo promovida por el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima SITRAMUN-LIMA contra la Municipalidad Metropolitana de Lima).

Ejecutoria particularmente importante sería publicada con fecha 22 de Julio del 2013.

Inicialmente, la demanda había sido interpuesta contra una Resolución de Alcaldía emitida por la emplazada mediante la cual se había dispuesto el despido arbitrario de los trabajadores agremiados al sindicato demandan-

te. Tiempo después, tanto la primera como la segunda instancia judicial declararon fundada la demanda. Ello no obstante y ante el sistemático incumplimiento de las citadas sentencias por parte de la corporación edil demandada, los demandantes acudieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia internacional que finalmente declaró la responsabilidad del Estado Peruano (Caso: Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú), ordenando el cumplimiento inmediato de lo dispuesto en las referidas sentencias así como una serie de medidas de reparación a favor de las personas afectadas como consecuencia del citado incumplimiento.

A posteriori y en etapa de ejecución de sentencia, las instancias judiciales pretendieron alegar el cumplimiento de las sentencias en su día emitidas sobre la base de determinados acuerdos de transacción extrajudicial celebrados entre la entidad demandada y los trabajadores integrantes del Sindicato demandante. Ello originó que este último promoviera recurso de agravio constitucional, alegando la irrenunciabilidad de los derechos laborales y el incumplimiento ya no sólo de las sentencias que favorecieron a los trabajadores, sino de la propia sentencia internacional.

El Tribunal finalmente declararía fundado el recurso de agravio constitucional, por considerar, entre otras cosas, que las transacciones extrajudiciales no suponen instrumentos de desconocimiento de los derechos fundamentales ni tampoco pueden utilizarse para desnaturalizar la eficacia de las sentencias constitucionales debidamente obtenidas. Por lo demás, optaría por declarar un estado de cosas inconstitucionales al encontrarse un amplio número de personas afectadas por el reiterado incumplimiento de los mandatos judiciales emitidos en su favor.

k) Sobre la discriminación de una alumna perteneciente a un centro de enseñanza por no preverse condiciones especiales de evaluación (Exp. N° 2362-2012-PA/TC. Demanda de amparo promovida por doña Gisela Tejada Aguirre contra la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas).

Ejecutoria igualmente importante sería publicada con fecha 14 de Agosto del 2013, durante el curso de un proceso de amparo en el que se cuestionaba principalmente el proceder discriminatorio de un centro de enseñanza superior respecto de una alumna con severas limitaciones en el sentido de la vista. Lo que se discutía centralmente en este caso era si las opciones de evaluación podían ser para la demandante iguales a las del resto de sus compañeros.

El Colegiado declararía fundada la demanda tras considerar que la no previsión por parte de la entidad demandada de condiciones idóneas en el sistema de evaluación que resulten compatibles con las limitaciones padecidas por la demandante, generan un evidente atentado contra el derecho a

la igualdad y por correlato también, contra su derecho a la educación. En este sentido se ordenaría a la entidad educativa demandada la implementación de un trato diferenciado en la evaluación a la que sea sometida la demandante.

I) Sobre la no afectación tributaria en los supuestos de indemnizaciones justipreciadas provenientes de una expropiación (Exp. N° 0319-2013-PA/TC. Demanda de amparo promovida por Sociedad Agrícola San Agustín S.A. contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria).

De particular trascendencia resultaría esta sentencia publicada por el Tribunal Constitucional con fecha 16 de Septiembre del 2013.

Lo que se cuestionaba vía la demanda interpuesta era la pretendida aplicación por parte de la administración tributaria del artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley de impuesto a la Renta (Decreto Supremo N° 179-2004-EF), respecto de la indemnización justipreciada fruto de una expropiación. A entender de la entidad emplazada, dicha operación, en tanto generadora de ganancia, era pasible de ser gravada mediante impuesto a la renta.

La sentencia del Colegiado asumiría carácter plenamente estimatorio, dejando en claro que no existe renta o ganancia en la indemnización justipreciada que se genera como resultado de una decisión expropiatoria. En tales circunstancias, y en tanto el acto expropiatorio no tiene carácter voluntario, y es al revés de ello, un evidente perjuicio, de ninguna manera puede recaer sobre la indemnización justipreciada efecto tributario alguno.

II) Sobre las medidas del Tribunal Constitucional frente a un presunto incumplimiento de sus sentencias (Exp. N° 1034-2013-PA/TC. Recursos de Apelación por Salto interpuestos por don César Hinostroza Pariachi y por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura contra la resolución de fecha 21 de Enero del 2013, emitida por el Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima).

Realmente polémica resultaría esta sentencia emitida en mayoría y publicada el 27 de Septiembre del 2013.

Conviene recordar ante todo y como directo antecedente de este pronunciamiento, que con fecha pasada el mismo recurrente (don Cesar Hinostroza Pariachi) había interpuesto demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura, motivando que en instancia final y definitiva el Tribunal Constitucional le diera la razón a los efectos de que el citado órgano demandado motivara la decisión de rechazar su nombramiento como Fiscal Supremo no obstante haber obtenido el puntaje reque-

rido para dicha plaza (Exp. N° 3891-2011-PA/TC)². Esta sentencia, más allá de que en su momento no haya sido del agrado del Consejo emplazado, creemos que fue totalmente correcta. Un indicativo de lo dicho lo corrobora el hecho de haber gozado del apoyo unánime por parte de los magistrados integrantes del Tribunal.

El recurso de apelación por salto, que sin embargo, ahora se promovía, se basaba en un cuestionamiento totalmente distinto, en este caso, referido a una serie de actuaciones acaecidas durante la fase de ejecución de sentencia y en particular a la resolución judicial de fecha 21 de Enero del 2013, a la que se acusaba de haber desnaturalizado la sentencia anterior emitida por parte del Tribunal.

Independientemente de que existiera o no legitimidad en el reclamo realizado en esta nueva ocasión, lo sorprendente termina siendo el accionar del Tribunal que en lugar de limitarse a corregir las irregularidades presuntamente acontecidas, opta por ordenarle directamente al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda al inmediato nombramiento como Fiscal Supremo del recurrente o del otro postulante que aún se mantenía en carrera (don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia). En otras palabras, ya ni siquiera se le permite al órgano demandado una nueva revisión de las condiciones para el nombramiento a la plaza de Fiscal Supremo, sino que el mismo Colegiado decide por ante sí, que sólo se puede nombrar entre dos personas y nadie más.

La posición asumida por el Tribunal resulta realmente controversial, pues una cosa es que se corrija un proceder irregular, si este inevitablemente se configura (sancionando incluso cualquier eventual desacato conforme a las previsiones contenidas en el Código Procesal Constitucional). y otra distinta, que se asuma la competencia del órgano demandado. En el presente caso, la sentencia refleja un franco intento de invasión de funciones que al Colegiado de ninguna manera le corresponden.

m) Sobre las medidas del Tribunal Constitucional frente a un presunto incumplimiento de sus sentencias (Exp. N° 1044-2013-PA/TC. Recurso de Apelación por Salto interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia contra la resolución de fecha 21 de Enero del 2013, emitida por el Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima).

Gemela de la sentencia anteriormente comentada es esta otra ejecutoria publicada también con fecha 27 de Septiembre del 2013, donde en ri-

² El comentario de esta anterior ejecutoria lo realizamos en SÁENZ DÁVALOS, Luis, «El Tribunal Constitucional Peruano durante el año 2012 (Balance Jurisprudencial)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*; N° 17; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid 2013; Págs. 623-625.

gor se repite el mismo esquema de raciocinio para finalmente y tras declarar fundado el recurso de apelación por salto, ordenarle al Consejo Nacional de la Magistratura decidir el nombramiento de Fiscal Supremo entre la opción que representa el recurrente don Mateo Castañeda Segovia o la que representa don Cesar Hinostroza Pariachi.

Por sobre lo anteriormente señalado bastará con añadir que esta ejecutoria desató la protesta, creemos que legítima, del Consejo Nacional de la Magistratura, pues defender los derechos y restaurar las cosas al estado anterior de su presunta vulneración no pasa por desnaturalizar las competencias que la Constitución ha reconocido entre los diversos órganos constitucionales.

n) Sobre la asociación compulsiva de los magistrados del Poder Judicial (Exp. N° 3186-2012-PA/TC. Demanda de Amparo interpuesta por don Jaime Abanto Torres contra la Asociación Mutualista Judicial de la Corte Suprema).

Mediante sentencia publicada con fecha 24 de Octubre del 2013, el Tribunal Constitucional se pronunciaría en un caso de lo más interesante.

En efecto, promotores del presente proceso eran los propios Magistrados del Poder Judicial quienes reclamaban por el hecho de que se les haya venido obligando por años a asociarse a una entidad a la que no deseaban pertenecer así como a ser pasibles de los descuentos que a título de dicha asociación compulsiva se les ha venido deduciendo de sus respectivos ingresos.

El Tribunal Constitucional declarararía fundada la demanda dentro de una línea de raciocinio bastante similar a la utilizada hace varios años atrás en una serie de demandas promovidas por efectivos policiales contra el Casino de la Policía Nacional del Perú y donde el tema en debate era muy parecido al que aquí se plantea³. Conforme a la misma, ninguna persona puede ser obligada contra su voluntad a formar parte de una entidad asociativa, siendo irrelevante dentro de dicho contexto, el que no se haya reclamado de dicha situación durante varios años, ya que por efectos del tiempo no se convalidan las vulneraciones a los derechos fundamentales.

III. PRINCIPALES EJECUTORIAS EMITIDAS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

Entre las ejecutorias que dentro del rubro citado merecen destacarse, figuran:

a) Sobre la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre menores de edad (Exp. N° 00008-2012-PI/TC. Demanda de Inconsti-

³ Cfr. Por todas, la sentencia recaída en el Exp. N° 7704-2005-PA/TC. Caso: *Julio Alfredo Bernabé Camaña*, publicada el 04 de Julio del 2007.

tucionalidad promovida por 10,609 Ciudadanos contra el Artículo 1° de la Ley N° 28704, modificatoria del artículo 173° inciso 3) del Código Penal).

Mediante sentencia publicada el 07 de Enero del 2013, se resolvería el presente proceso de inconstitucionalidad en el que se cuestionaba por presuntamente inconstitucional una norma del Código Penal que sancionaba el delito de violación sexual cometido en agravio de menores de 14 a 18 años de edad.

A efectos de pronunciarse sobre el fondo de la controversia el Colegiado procedería al análisis de la norma impugnada a partir del reconocimiento de dos opciones interpretativas sobre su contenido.

a) Dentro de lo que puede considerarse una primera opción interpretativa del Artículo 173° inciso 3) del Código Penal, el contenido de la norma se encuentra directamente vinculada con la intención del legislador. Según la misma, se buscaría proteger la indemnidad sexual de los menores de 14 a 18 años de edad, asumiéndose que estos últimos no se encontrarían en condiciones de decidir sobre su libertad sexual, siendo su consentimiento totalmente irrelevante.

El Colegiado ante todo y recordando sus antecedentes jurisprudenciales, asumiría que la libertad sexual forma parte de uno de los contenidos esenciales del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como tal supone dos dimensiones, una negativa, vinculada a la exigencia de que el Estado ni ninguna persona interfiera en el libre desarrollo de la sexualidad de un ser humano, y una positiva expresada en la libertad de decidir la realización del acto sexual, sea para disponer con quien se realiza, como se realiza y el momento en el que se lleva a la práctica.

En cuanto a la titularidad del citado derecho se dejará en claro que aunque por regla general la misma corresponde a los mayores de 18 años, también y por lo que al caso respecta, la pueden tener los menores de edad entre los 14 y los 18 años de edad. Sustentará esta última postura en lo dispuesto en los Artículos 1° y 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 03 de Agosto de 1990, en el enfoque jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los Artículos I y II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Argumentará asimismo que la capacidad de los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad para autodeterminarse en los campos de su sexualidad está corroborada por diversas normas como los Artículos 44° y 46° del Código Civil y por los artículos 175° y 176°-A del Código Penal, así como por documentos e Informes especializados como el «Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú», elaborado en el año 2005 por la Universidad Peruana Cayetano Heredia, la «Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada

por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y por el «Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021», elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Sobre la base de lo señalado, el Tribunal arribará a una conclusión preliminar consistente en el pleno reconocimiento de los derechos sexuales sobre los menores de edad comprendidos entre los 14 y 18 años. Ello no obstante dejará en claro que dicho reconocimiento deberá operar con sujeción a dos criterios: a) El principio de evolución de facultades del niño y del adolescente y b) la adecuada previsión, así como la asunción de responsabilidades, por parte de todo adolescente que ponga en práctica su libertad sexual.

En el contexto descrito dejará en claro el Colegiado que la norma objeto de impugnación indudablemente constituye una intervención en el ámbito garantizado de la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años, al asumir como irrelevante el consentimiento de los mismos en el ejercicio de tal derecho. Determinar en todo caso si dicha intervención resulta legítima o no términos constitucionales es lo que pasará a responderse dentro de un tipo análisis de proporcionalidad. Sobre esto último, aseverará que, conforme al sub principio de idoneidad, la medida cuestionada sí puede *prima facie* resultar compatible con los fines (protección de la indemnidad sexual de los niños y adolescentes) y objetivos que persigue (desalentar la comisión del delito de violación sexual de menores, generar confianza en el modelo jurídico de protección al menor y adolescente, etc.). Ello no obstante si se le coteja a la luz del sub principio de necesidad la norma cuestionada no resultaría justificada pues las mismas finalidades y objetivos que persigue podrían ser logradas mediante medios alternativos mucho menos gravosos que el adoptado. A este respecto se puntualizará que un medio hipotético igualmente idóneo pero, por contrapartida, mucho más benigno con los derechos involucrados hubiese sido que el propio legislador sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los menores y adolescentes, mas no así el haber adoptado formulas que de modo indistinto sancionen todo tipo de relación sexual con los mismos, sin importar en lo absoluto su libre consentimiento.

Pese a que la sentencia asumirá como inconstitucional a la norma cuestionada por no superar el citado sub principio de necesidad, se practicará también un examen de ponderación llegándose a la conclusión de que el peso de los derechos involucrados (libre desarrollo de la personalidad y componentes) es mucho mayor que el de los bienes contrapuestos (política criminal asumida por el legislador), tanto más si se asocian los primeros con el principio de interés superior del niño y el adolescente.

b) Para una segunda opción interpretativa se hace posible que la norma impugnada aparezca como constitucional, si se asume que lo que pro-

tege la misma no es la indemnidad sexual, sino la libertad sexual. Esta opción incluso ha venido siendo recogida por el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República, y según el mismo, si se tendría en cuenta el consentimiento del menor o adolescente involucrado a los efectos de determinar si hubo o no delito de violación.

El Tribunal Constitucional descartaría esta segunda alternativa, no porque no sea posible la existencia de interpretaciones que salven la constitucionalidad de una norma, sino porque tal proceder se encuentra definitivamente limitado principalmente cuando se encuentra involucrado el principio de legalidad penal, que no permite la sustitución de conceptos o contenidos, como se ha pretendido por parte de la Corte Suprema de Justicia. Se asumirá entonces que esta segunda opción no es constitucional y por tanto no resulta de recibo como fórmula que evite la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Finalmente, y por ser de vital necesidad, la sentencia se pronunciará sobre sus efectos jurídicos dejando en claro dos cosas: a) Cuando se trate de casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, mas no dudoso o presunto, de los menores de edad entre más de 14 años y menos de 18, no habrá posibilidad de sanción a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad realizada, esto último, en atención a los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, y b) Cuando se trate de casos penales en trámite o terminados en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el consentimiento, se tendrá en cuenta el principio de interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, por lo que, dependiendo de los hechos concretos se podrá solicitar, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad, la sustitución de la pena, la adecuación del tipo penal o se podrá disponer un nuevo proceso conforme al artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

Al margen de algunos detalles menores que aquí hemos anotado, consideramos que en lo esencial la sentencia acierta en el enfoque dispensado a los derechos comprometidos. Ciertamente, quedará en el tapete de la discusión el tratamiento a dispensarse en aquellos casos en los que las relaciones sexuales consentidas involucren a un adolescente con un mayor de edad. Es hacia tales escenarios que creemos debería dirigirse la preocupación jurisprudencial como la legislativa, pues es evidente que aunque los derechos de los niños y adolescentes deben ser plenamente garantizados, tampoco debe ello significar un carta de impunidad que sirva de pretexto para legitimar conductas delictivas absolutamente reprochables. Por consiguiente, haría muy bien el ordenamiento jurídico en dejar en claro que cuando se tenga el menor indicio de comportamientos que puedan repre-

sentar engaño, manipulación o influencia sobre menores y adolescentes con el fin de utilizarlos o aprovecharse de los mismos, se emprendan de inmediato las investigaciones correspondientes y de ser el caso, se criminalice ejemplarmente a quienes resulten involucrados.

b) Sobre la eficacia de una sentencia de inconstitucionalidad y la forma de pago de los bonos provenientes de la deuda agraria (Exp. N° 0022-1996-PI/TC. Solicitud de Ejecución de Sentencia de Inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Ingenieros del Perú).

Mediante resolución publicada con fecha 16 de Julio del 2013, el Colegiado se pronunciaría respecto de un pedido de ejecución de sentencia que tenía como antecedente directo una antigua ejecutoria emitida por el Tribunal Constitucional en el año 2001 con motivo del proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Ingenieros contra los artículos 1° y 2° así como contra la Primera Disposición Final de la Ley N° 26597 y el artículo 1° de la Ley N° 26599⁴.

En su día, el Tribunal Constitucional había declarado fundada en parte la citada demanda y como consecuencia de ello, ordenado que el pago de los bonos provenientes de la antigua reforma agraria se pagaran no conforme a su valor meramente nominal sino con arreglo al principio valorista, lo que implicaba una actualización en cuanto a la cuantificación de los mismos.

El caso es que a pesar que esta sentencia fue emitida hacia el año 2001, ha pasado una gran cantidad de tiempo y el Estado se ha venido resistiendo a cumplirla al no establecer los mecanismos adecuados para el pago de la antes citada deuda, lo que originó que quienes en su día promovieron el antes referido proceso de inconstitucionalidad, recurran nuevamente al Tribunal Constitucional vía el pedido de ejecución de sentencia.

El Colegiado terminaría pronunciándose sobre el pedido planteado dejando en claro que, conforme a la sentencia en su día emitida, la forma de pago de los bonos provenientes de la deuda agraria inobjetablemente debe operar con sujeción al principio valorista. En tal sentido y a efectos de materializar el mismo, se dispuso que el citado criterio debe suponer la conversión del valor nominal del bono a moneda extranjera (dólares americanos), a lo que se debe añadir la tasa del interés correspondiente a los bonos del tesoro americano, criterio que también deberá ser observado en los procesos judiciales en los que se venga reclamando el citado pago.

Establecería también el Tribunal que en el cronograma de pagos que deba elaborar el Estado, deberá priorizarse a las personas naturales por

⁴ Cfr. Exp. N° 0022-1996-PI/TC, con sentencia publicada el 11 de Mayo del 2001.

sobre las personas jurídicas y, entre las primeras, a los tenedores originales o sus sucesores por sobre quienes hayan adquirido los bonos por cesión de derechos. Asimismo y dentro de los tenedores originales deberá preferirse a aquellos que cuenten con más de 65 años de edad.

Aunque el citado pronunciamiento no sería visto con agrado por los sectores vinculados a la hacienda fiscal, lo real y cierto es que la deuda pública generada como consecuencia de la reforma agraria, demanda desde hace muchos años una solución que hasta la fecha no parece ser encarada con verdadera responsabilidad y auténtica Justicia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las ejecutorias que brevemente se han glosado reflejan en algunos casos un intento de mantener algunas de las líneas jurisprudenciales sentadas desde años atrás. En otros, lamentablemente, un decisionismo desmesurado que a la postre ha terminado perjudicando la imagen del Tribunal. Ello se ha visto agravado por el hecho del desgaste de los propios Magistrados a consecuencia de diversos factores, entre los que ha primado el inevitable vencimiento en el ejercicio de sus mandatos.

Es de esperar que para el siguiente periodo anual, las cosas puedan cambiar sustancialmente.