

Instituto de Defensa Legal

Justicia Viva

Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012

**Juan Carlos Ruiz Molleda
Luis Andrés Roel Alva**

Esquema

I. ¿Por qué analizar las sentencias del TC?

- 1.- El derecho a criticar las sentencias judiciales.
- 2.- Los jueces hablan a través de sus sentencias.
- 3.- EL TC es el órgano jurisdiccional de cierre del sistema en materia constitucional.
- 4.- A mayor poder mayor exigencia de controles democráticos.
- 5.- A mayor discrecionalidad mayor exigencia de motivación de sus decisiones.
- 6.- La mejor manera de contribuir con la justicia constitucional es haciendo ver sus errores y apoyando sus aciertos.
- 7.- La vigencia de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales es un asunto de interés público.

II. Las sentencias del TC cuestionadas

I.- Sentencias del TC que favorecieron la impunidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos

- 1.1.- Caso El Frontón STC N° 03173-2008-PHC/TC
- 1.2.- Caso de Ley de uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad. STC. N° 0002- 2008-PI/TC
- 1.3.- Caso Accomarca. STC N° 00218-2009-PHC/TC
- 1.4.- Caso Salazar Monroe. STC N° 5350-2009-PHC

II.- Sentencias del TC donde hay indicios de presión del poder político

- 2.1.- Caso Antauro Humala. STC N° 01680-2009-HC/TC
- 2.2.- Caso Tudela. STC N° 01317-2008-PHC/TC
- 2.3.- Caso Tula Benites. STC N° 02364-2008-PHC/TC

III.- Casos donde se favorece intereses privados y el Estado deja de percibir ingresos

- 3.1.- Caso Transporte Flores. STC N° 02210-2007-PA/TC
- 3.2.- Caso Cementos Lima. STC N° 03116-2009-AA/TC
- 3.3.- Caso Peruval. STC N° 00051-2011-PA/TC

IV.- Sentencias del TC que no respetan las normas procesales

- 4.1.- Caso RBC. STC N° 2386-2008-PA
- 4.2.- Caso Chiquitoy. STC N° 00228-2009-PA/TC
- 4.3.- Caso Amparo contra sentencia del TC. STC N° 03569-2010-AA/TC

V.- Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción

- 5.1.- Caso Walter Chacón. STC. N° 3509-2009-PHC/TC
- 5.2.- Caso pago de devengados a Javier Ríos Castillo. STC N° 04197-2008-PA/TC
- 5.3.- Caso de postulación al TC de Javier Ríos Castillo. STC N° 04907-2008-PA/TC
- 5.4.- Caso Alfredo Jalilie Awapara. STC N° 04053-2007-HC/TC
- 5.5.- Caso Ernesto Schütz. STC N° 03681-2012-PHC

VI.- Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de narcotráfico

- 6.1.- Caso Abanto Verastegui. STC N° 06079-2008-PHC/TC

VII.- Sentencias que interfieren la labor del CNM

- 7.1.- Caso WaldeJauregui. STC. N° 01873-2009-PA/TC
- 7.2.- Caso Valdivia Cano. STC N° 08495-2006-PA/TC)
- 7.3.- Caso Mateo Castañeda. STC N° 04944-2011-PA/TC

- 7.4.- Caso Lara Contreras. STC N° 01412-2007-PA/TC
- 7.5.- Caso Hinojosa Pariachi. STC N° 03891-2011-PA/TC

VIII.- Sentencias que afectan la justicia constitucional

- 8.1.- Caso eliminación del RAC a favor del precedente vinculante. STC N° 03908-2007-PA/TC
- 8.2.- Caso Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC. STC N° 00004-2009-PA/TC
- 8.3.- Caso RAC en casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos. STC N° 02748-2010-HC

IX.- Sentencias con serios problemas de motivación

- 9.1.- Caso Ley de Justicia Militar. STC. N° 00001-2009-PI/TC
- 9.2.- Caso PUCP vs. Arzobispado. STC N° 03347-2009-PA/TC
- 9.3.- Caso acumulación subjetiva. STC N° 00055-2008-AA/TC
- 9.4.- Caso Pomalca. STC N° 579-2008-PA/TC
- 9.5.- Caso CODISA. STC N° 05311-2007-PA/TC

X.- Sentencias que afectan derechos fundamentales

- 10.1.- Caso sobre la píldora del día siguiente. STC N° 02005-2009-AA/TC
- 10.2.- Caso Alberto Químper Herrera. STC N° 00655-2010-HC
- 10.3.- Caso convalidación del CAS. STC N° 00002-2010-PI/TC

XI.- Sentencias que han desprotegido derechos de los pueblos indígenas

- 11.1.- Caso AIDSESEP I sobre consulta de pueblos en aislamiento voluntario. STC N° 06316-2008-PA/TC
- 11.2.- Caso sentencia aclaratoria. STC N° 06316-2009-PA Aclaración
- 11.3.- Caso contra la omisión de consulta del DL 1079. STC N° 00023-2009-PI/TC
- 11.4.- Caso contra la omisión de consulta de la Ley 29338. STC N° 00025-2009-PI/TC
- 11.5.- Caso contra la omisión de consulta del DL 1020. STC N° 00027-2009-PI/TC
- 11.6.- Caso Conga. STC N° 0001-2012-PI

III. Las sentencias del TC destacadas

I.- Sentencias que protegen los derechos de los pueblos indígenas

- 1.1.- Caso de control constitucional de violación del Convenio 169 por omisión legislativa. STC N° 05427-2009-PC/TC
- 1.2.- Exp. N° 00022-2009-PI/TC (Caso consulta previa de pueblos indígenas)

II.- Sentencias que favorecen la sanción de crímenes contra los derechos humanos

- 2.1.- Habeas Corpus de Fujimori
- 2.2.- Caso Castillo Páez. STC N° 02666-2010-PHC/TC
- 2.3.- Caso desarrollo de los requisitos para la aplicación de los delitos de lesa humanidad. STC N° 00024-2010-PI

III. Sentencias que protegen derechos sociales

- 3.1.- Caso libre desafiliación de las AFP. STC N° 00014-2007-AI/TC
- 3.2.- Caso ONP. STC N° 05561-2007-PA/TC
- 3.3.- Caso pago de horas extras. STC N° 05924-2009-PA/TC
- 3.4.- Caso salud mental. STC N° 03426-2008-PHC/TC
- 3.5.- Caso cadete embarazada. STC N° 05527-2008-PHC/TC

IV.- Sentencias que desarrollan derechos procesales

4.1.- Caso sobre el plazo necesario de detención. Exp. N° 06423-2007-PHC

V.- Fortalecimiento de la justicia constitucional

5.1.- Caso represión de actos homogéneos. STC N° 4878-2008-PA y 5287-2008-PA

5.2.- Caso TLC con Chile. STC Exp. N° 00002-2009-PI

5.3.- Caso ejecución de sentencias constitucionales. STC N° 01601-2012-PA

IV.- Conclusiones finales

V.- Bibliografía

Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012¹

El objetivo de este artículo es realizar un breve balance de las sentencias del actual Tribunal Constitucional (en adelante TC). Nos interesan aquellas sentencias expedidas por la gestión actual, es decir la posterior al tercer cuatrimestre del año 2007, fecha en que se renovó el pleno del TC con la elección parlamentaria de los magistrados Gerardo Eto Cruz, Ernesto Alvarez Miranda y Fernando Callen. Ellos reemplazaron a Javier Alva Orlandini, Magdiel Gonzales Ojeda y Juan Bautista Bardelli. Debe tenerse presente, que unos meses antes, el magistrado Ricardo Beaumont Callirgos hizo lo propio con el ex Presidente del TC Víctor García Toma.

Nos preocupan varias sentencias de esta etapa, cuya motivación resulta oscura, ambigua, deficiente, contradictoria y en definitiva, a todas luces, insuficiente. El TC es muy claro en reconocer que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. Según este, “la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”. (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f.j. 12)².

Señala con razón Tomás Ramón Fernández que “Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titularidad [...] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como poder legítimo”.. Agrega que “el mero sí, el puro poder de mando que se agota en la sola voluntad de quien lo ejerce porque prescinde de razones objetivas exhibibles que puedan justificar sus decisiones, quedo entonces erradicado, porque un poder tal introduce el azar donde debiera brillar la previsibilidad y convierte al ciudadano en un súbdito incapaz de organizar su vida, al tener que estar pendiente siempre de escrutar el rostro de sus gobernantes para averiguar sus buenos o malos humores y poder decidir en consecuencia”³.

Debemos de decir que no hemos revisado todas las sentencias expedidas por el TC. Desde IDL hacemos seguimiento a aquellas sentencias que estimamos las más significativas por diferentes

¹ Este balance ha sido elaborado por Juan Carlos Ruiz Molleda y Luis Andrés Roel Alva, integrantes del Equipo constitucional de Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal. Tomamos como referencia para la elaboración de este análisis los diversos artículos de análisis y crítica de las sentencias del TC que desde IDL hemos elaborado y que están resumidos en los balances del TC del año 2006 hasta la fecha, elaborados por los diversos profesionales del equipo de Justicia Viva.

² Señala el TC citando a Tomás Ramón Fernández que “La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto”. (f.j. 12)

³ Tomás Ramón Fernández, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra, Lima 2006, págs. 306 y 307. Señala el TC citando a Tomás Ramón Fernández que “La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto”. (f.j. 12).

criterios: sea porque el mismo TC las ha levantado en medios, por el interés público en juego, por el conflicto social que está en juego, por su resonancia mediática, o por su relación con los temas que desde IDL trabajamos, como son lucha contra la corrupción, pueblos indígenas, criminalización de graves crímenes contra los derechos humanos, democracia y libertades políticas, etc.

Finalmente, todo balance si quiere ser tal, debe dar cuenta tanto de las sentencias buenas como de las malas. En ese sentido, también damos cuenta de aquellas sentencias que consideramos destacadas. Ciertamente, la expedición de estas en nada salva o exime de críticas al TC por las sentencias cuestionables. Nuestro balance general es que a pesar de algunas sentencias destacadas, existen sentencias sumamente cuestionables en casos relevantes y significativos, que ponen en entredicho la independencia e imparcialidad de los magistrados del TC.

IV. ¿Por qué analizar las sentencias del TC?

1.- El derecho a criticar las sentencias judiciales. Si bien los magistrados del TC no asumen responsabilidad por sus decisiones⁴, resulta necesario el análisis de los fallos por la comunidad jurídica y por la opinión pública. Ello constituye el ejercicio del derecho constitucional de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley. (Artículo 139 inciso 20 de la Constitución).

2.- Los jueces hablan a través de sus sentencias. A los jueces no los podemos medir por sus opiniones políticas, ellos hablan a través de sus sentencias. Según la doctrina, los jueces en general, que no son elegidos por el poder político, no tienen una legitimidad de origen sino una legitimidad en el ejercicio de su función, lo cual parcialmente se aplica al TC pues este es elegido por el Congreso, según nuestro modelo constitucional, razón por la cual tienen una legitimidad derivada.

3.- EL TC es el órgano jurisdiccional de “cierre” del sistema en materia constitucional. Estamos ante lo que en doctrina denomina un tribunal de “cúpula” que “cierra el sistema” de justicia nacional, en materia constitucional y de protección de derechos fundamentales. Es por ello que resulta razonable y justificado poner una atención especial en el análisis y revisión de sus sentencias, volviéndose más intensa la exigencia en la motivación.

4.- A mayor poder mayor exigencia de controles democráticos. Suele repetir Luis Pásara que ejercer justicia es ejercer poder, y bien sabemos que en un Estado Constitucional no hay poderes ilimitados, pues solo puede ser ejercido en el marco de la competencia reconocida. El TC no es un tribunal más, se trata del último y definitivo intérprete de la Constitución, y del máximo órgano de control de la constitucionalidad en nuestro país. Es en definitiva de un tribunal muy poderoso, que tiene la capacidad de revisar los actos del poder político y de los poderes fácticos, y de revocarlos en caso que se viole la Constitución Política y los derechos fundamentales, independientemente de la jerarquía que estos detenten. El ejercicio de ese poder debe ser objeto de los reflectores del propio Estado y de la opinión pública.

5.- A mayor discrecionalidad mayor exigencia de motivación de sus decisiones. Es esta especial discrecionalidad con que cuenta el TC al interpretar normas constitucionales fundamentalmente

⁴ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

“Artículo 14.- Privilegios inherentes a la función

Los Magistrados del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad. No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito”.

“principialistas”, lo que hace más intensa la exigencia de motivación de sus sentencias. Sabemos bien que en el derecho en general y más en concreto en el derecho constitucional, no hay una única respuesta correcta sino antes bien un abanico de posibilidades, las cuales están atemperadas e influidas por la mirada ideológica y política del intérprete, por los bienes jurídicos a protegerse, y siempre que la opción interpretativa asumida tenga cobertura normativa, es decir, siempre que no excedan el margen discrecional que las normas constitucionales brindan.

6.- La mejor manera de contribuir con la justicia constitucional es haciendo ver sus errores y apoyando sus aciertos. El TC necesita de sectores que le hagan ver sus errores, sus vacíos y deficiencias, cuando las hay, como también que los respalde cuando, su institucionalidad e independencia se vea amenazada, o cuando tenga que tomar decisiones contra el sentido común mayoritario.

7.- La vigencia de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales es un asunto de interés público. No estamos ante conflictos privados de interés de las partes exclusivamente. La vigencia de los derechos fundamentales y de la propia Constitución es un asunto de que interesa a toda la comunidad jurídica y a la opinión pública, razón por la cual se justifica el interés de organizaciones de la sociedad civil.

V. Las sentencias del TC cuestionadas

Hemos clasificado las sentencias problemáticas en una tipología en atención a la diferente naturaleza de los cuestionamientos

I.- Sentencias del TC que favorecieron la impunidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos

1.1.- Caso El Frontón RTC N° 03173-2008-PHC/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por Teodorico Bernabé Montoya con la finalidad de cuestionar la resolución fiscal emitida por la Tercera Fiscalía Superior Penal Nacional, en virtud de la cual se disponía la formulación de una denuncia penal en su contra por la presunta comisión del delito de homicidio calificado por su participación, como miembro de las Fuerzas Armadas, en las ejecuciones arbitrarias efectuadas en el penal El Frontón en junio de 1986. El demandante alegaba que se había afectado tanto su derecho a la libertad personal como su derecho a la prohibición de revivir procesos fenecidos ya que a su criterio había operado la prescripción respecto a los delitos imputados. Tras el pronunciamiento a su favor por parte de las dos instancias inferiores, el caso llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional por intermedio del recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal, el cual invocaba la aplicación del precedente vinculante recaído en la STC N° 04853-2004-AA ya que se trataba de sentencias dictadas en contravención del criterio expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Durand y Ugarte, conforme al cual los crímenes que implicaban graves violaciones a los derechos humanos resultaban imprescriptibles. Se trataba de un caso en el que había fuertes presiones políticas de por medio para no investigar tales graves crímenes en la medida en que la operación de El Frontón había ocurrido durante el primer gobierno de Alan García, quien al momento de la dilucidación del presente proceso constitucional se hallaba ejerciendo un segundo mandato como Presidente de la República. Se trataba entonces de un caso en que el TC evidenciaría o no su independencia respecto del poder político, teniendo en cuenta que su pronunciamiento podía determinar la posibilidad de que el entonces presidente pudiera ser investigado por graves violaciones de derechos humanos cometidas durante su primer mandato.

- **Decisión del TC.**- En una decisión dividida, con el voto a favor de cuatro magistrados (Mesía, Vergara, Calle y Álvarez) y el voto en contra de los otros tres (Landa, Beaumont y Eto), el TC optó por declarar nulo el recurso de agravio constitucional alegando, a pesar de que inicialmente dicho recurso había llegado a conocimiento del TC luego de que se declarara fundado un recurso de queja, que el precedente vinculante recaído en la STC N° 04853-2004-AA, en virtud del cual se admitía la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional a favor de un precedente vinculante, había sido dictado en contravención de los requisitos estipulados por el propio TC para la expedición de un precedente vinculante y, por tanto, su aplicación no debía ser admitida. Asimismo, señaló que la intervención del Instituto de Defensa Legal resultaba cuestionable pues no representaba a ninguna de las partes sino que era meramente un *amicus curiae*. El TC se limitó a pronunciarse sobre cuestiones formales mas no se pronunció sobre los temas de fondo.
- **Cuestionamientos.**-El TC en esta sentencia realiza una interpretación formalista de las reglas procesales de los procesos constitucionales y evita pronunciarse sobre el fondo de la controversia, obviando su deber y su obligación reconocida en la Constitución, de tutelar los derechos fundamentales de los peruanos. No aplicó los principios procesales constitucionales de elasticidad, así como los principios de impulso de oficio del proceso, el de dirección judicial del proceso, *pro actione*, en concordancia con el principio *pro homine*, que le exigían en este caso continuar con el proceso, y con ello, ingresar a fondo del problema y pronunciarse acerca de la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos. No aplicó estos principios de obligatorio cumplimiento para todos los jueces constitucionales.

El TC desconoce e incumple la sentencia expedida por la Corte IDH en el Caso Durand y Ugarte vs. Perú, en donde la Corte ordenó al Estado peruano investigar las ejecuciones arbitrarias efectuadas en el penal el Frontón en junio de 1986. No cabía la posibilidad de impedir, a través de un proceso de hábeas corpus, que el Ministerio Público y del Poder Judicial continúen investigando estos hechos para determinar las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar. Se incumplió así, una obligación internacional que asumió el Estado frente a los organismos internacionales de justicia y frente a sus propios ciudadanos, como las familias de los asesinados en el centro penitenciario El Frontón. Asimismo se incumple la sentencia de Barrios Altos y La Cantuta que prohíbe las amnistías para cualquier tipo de prescripción de la acción penal. Del mismo modo, el TC vulnera el derecho constitucional a la verdad, y, específicamente, la dimensión objetiva de este derecho al impedir el acceso al órgano jurisdiccional y a la protección judicial en el caso de las víctimas del Caso Frontón, atentando con la dimensión objetiva del derecho a la verdad. Esto genera que se promueva la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos en esta clase de casos.

1.2.- Caso de Ley de uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad. STC. N° 0002- 2008-PI/TC

- **Contexto.**- Se trata de la demanda de inconstitucionalidad presentada por 31 congresistas contra la Ley N° 29166, en virtud de la cual se aprobaban normas complementarias a la Ley N° 28222 y reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. Se aducía que dicha norma resultaba vulneratoria de los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que se autorizaba a las Fuerzas Armadas a asumir el control del orden interno, labor que es responsabilidad de la Policía Nacional, sin que medie la declaratoria de estado de emergencia. Asimismo, se sostenía que la norma cuestionada afectaba el derecho constitucional a la vida, reconocido en el artículo 2° inciso 1 de la Carta Fundamental, y el principio-derecho de dignidad humana ya que se establecían supuestos habilitantes para que los efectivos militares utilicen la fuerza letal en contra de los ciudadanos.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional, empleando una sentencia de carácter interpretativo, declaró fundada en parte la demanda, determinando que la Ley N.º 29166 era constitucional

siempre que se interpretara que los supuestos en los que cabe autorizar a las Fuerzas Armadas a asumir el control del orden interno, sin mediar la declaratoria de estado de emergencia, están referidos únicamente al narcotráfico, al terrorismo y a la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas. No obstante, declaró inconstitucionales los supuestos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 29166 en los cuales cabe el uso de la fuerza letal por parte de los efectivos militares, disponiendo que en tanto se expedía una nueva legislación sobre la materia debían aplicarse los principios establecidos por la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre el uso de la fuerza letal.

- **Cuestionamientos.**- Lo cuestionable es cuando el TC reconoce que las FFAA pueden ingresar a participar en el control del orden interno en supuestos no contemplados por la Constitución, es decir, en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia. Nos referimos a los casos de lucha contra el narcotráfico, terrorismo y de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país. Esta sentencia es grave pues el TC modifica lo establecido en la Constitución Política.

Consideramos que esta sentencia es discutible en la medida en que habilita la intervención de las Fuerzas Armadas en cuestiones de orden interno por fuera de la declaración de estado de emergencia regulada en el artículo 137° de la Constitución. Sin embargo, a diferencia de otras sentencias, no llega a ser inadmisibles en términos constitucionales en la medida en que, evidenciando que en la práctica las Fuerzas Armadas vienen interviniendo en cuestiones de orden interno relacionadas al narcotráfico y al terrorismo, se apunta a establecer criterios que apunten a orientar esa realidad al marco constitucional. No obstante, si bien las intenciones son buenas, lo establecido en esta sentencia ha dado pie a que se emiten normas inconstitucionales, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1095, en virtud de la cual se propugna una militarización del orden interno.

1.3.- Caso Accomarca. STC N° 00218-2009-PHC/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por el ex militar Roberto Contreras Matamoros en aras de impugnar el proceso penal seguido en su contra por su intervención en la matanza de Accomarca, el asesinato de 69 comuneros acaecido en dicha localidad el 14 de agosto de 1985. El demandante alegaba que debía de haberse declarado fundada la excepción de prescripción que había presentado ante los órganos jurisdiccionales penales. Nuevamente estamos ante un caso en el que se da la discusión sobre la imprescriptibilidad de los crímenes que implican graves violaciones a los derechos humanos.

- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que no había operado la prescripción alegada por el demandante toda vez que, o bien los delitos imputados podían ser considerados imprescriptibles ya que se trataba de delitos de lesa humanidad, o bien el plazo de prescripción aún no se había cumplido pues debía de haber comenzado a computarse recién en enero de 2002, cuando los obstáculos para la investigación y sanción de tales crímenes (falta de independencia del sistema de administración de justicia) se habían superado.

- **Cuestionamientos.**-El problema con esta sentencia es que en su parte considerativa, específicamente el fundamento 19, se aprecia cierta ambigüedad en lo que respecta a la imprescriptibilidad de los crímenes que implican graves violaciones de derechos humanos, lo cual es incompatible con la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto el TC señala que *“Ahora bien, cualquiera que sea la opción interpretativa que se tome, esto es, considerar la imprescriptibilidad de los delitos que se imputan, o bien la aplicabilidad de las normas de*

prescripción a partir de enero de 2002, a la fecha, la acción penal se encuentra todavía vigente, por lo que la demanda debe ser desestimada”(resaltado nuestro). Se deja la puerta abierta a una libre interpretación de la figura de la prescripción por parte de los jueces que tengan que determinar la responsabilidad penal de aquellos crímenes que impliquen graves violaciones de derechos humanos, a pesar de que constituye un criterio meridianamente claro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Barrios Altos y Cantuta), y que el Estado peruano está en la obligación de respetar, que los crímenes de lesa humanidad y las graves violaciones de derechos humanos son imprescriptibles

1.4.- Caso Salazar Monroe. Exp. N° 5350-2009-PHC-TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso constitucional de hábeas corpus iniciado por Julio Rolando Salazar Monroe contra las juezas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de solicitar el apartamiento de las demandadas del conocimiento del proceso penal por su participación en el caso Barrios Altos alegando que dicha intervención suponía una afectación al principio de juez imparcial así como una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a la prohibición de avocamiento ante causa judicial pendiente.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda considerando que se había producido la afectación del derecho del demandante a ser juzgado dentro de un plazo razonable y dispuso que las juezas demandadas emitan sentencia en el caso en el que venía siendo procesado el demandante en el plazo de sesenta días naturales.
- **Cuestionamientos.**-En esta sentencia se desarrollan los alcances del derecho constitucional al plazo razonable, en base a los criterios que sobre la calificación del plazo razonable ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, se reconoce erradamente que la principal consecuencia jurídica de un proceso con excesiva duración debe necesariamente ser el consecuente archivamiento definitivo del proceso judicial, tesis que nunca sostuvo dicho tribunal internacional regional. Sobre lo mismo, es importante recordar que estos crímenes por el cual Salazar Monroe y otros procesados se encuentran involucrados, son delitos que han sido calificados como hechos producidos en un contexto de sistematicidad y generalidad de violaciones a los derechos humanos y no, como los procesados pretendieron sostener, como hechos aislados de este contexto. El Tribunal Constitucional, al ordenar el archivamiento del caso al vencimiento del plazo de 60 días, está sin duda, calificando a este delito como hechos comunes que por consecuencia, podrían prescribir. Es un hecho que, aunque no haya ocasionado un efecto directo, no debió ser omitido por el TC.

Cabe resaltar que la presente sentencia fue cumplida por la Sala Penal Especial Anticorrupción, la cual dictó sentencia en el plazo establecido por el TC, condenando a Julio Salazar Monroe a 25 años de prisión. Luego, el expediente fue elevado a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República para su revisión. Sin embargo, en este contexto, el señor Salazar Monroe recurrió nuevamente al Tribunal Constitucional en vía de recurso de agravio constitucional por ejecución de sentencias aduciendo que se continuaba vulnerando su derecho al plazo razonable. Este se pronunció sobre el caso el 06 de marzo de 2012, mediante resolución recaída en el Exp. N° 04732-2011-HC, declarando fundado el pedido del recurrente y otorgando 30 días naturales a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia para dictar sentencia. Esta disposición del TC ha originado finalmente que una sentencia condenatoria por graves violaciones de derechos humanos, como es el caso Barrios Altos, emitida en el marco de un proceso regular, quede finalmente en entredicho y esté a punto de ser anulada teniendo en cuenta que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha hecho caso omiso del plazo establecido por

el TC, ya que, a pesar de haber sido notificado con la referida resolución el 12 de abril de 2012, el caso continúa en trámite a la fecha y sería archivado.

II.- Sentencias del TC donde hay indicios de presión del poder político

2.1.- Caso Antauro Humala. STC N° 01680-2009-HC/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado a favor de Antauro Humala en virtud del cual se pretendía que este fuera puesto en libertad por exceso de carcelería al no haberse expedido una sentencia que determinara su responsabilidad penal respecto a su intervención en la toma de la comisaría de Andahuaylas el 01 de enero de 2005. En efecto, era el año 2009 y el demandante continuaba encarcelado sin sentencia alguna que lo condenara, habiendo transcurrido ya más de 36 meses, el plazo legal establecido para la detención preventiva.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, en una votación dividida, con cuatro votos a favor (Vergara, Mesía, Eto y Álvarez), declaró infundada la demanda señalando que en el presente caso no se habían vulnerado ni el derecho al juez natural ni el derecho de defensa ya que se había cumplido con las normas establecidas en el artículo 137° del Código Procesal Penal y que no correspondía anular la resolución judicial cuestionada a pesar de la tardanza en su expedición ya que esta se había debido a la sobrecarga procesal.
- **Cuestionamientos.-** En esta sentencia se presentan tanto problemas de forma, relacionados con el cambio de posición de un magistrado, como de fondo, relacionados con un fallo restringido únicamente a los aspectos formales de la resolución judicial cuestionada.

En cuanto a los aspectos de forma, tenemos que en este caso se produce un súbito cambio de opinión por parte de los magistrados luego de expresar públicamente que ya había un consenso sobre el fallo, luego de la audiencia pública ante el Pleno del Tribunal. Así, tras las declaraciones públicas del magistrado Beaumont señalando que ya se habían alcanzado 4 votos para dictar sentencia, el magistrado Mesía lo contradujo públicamente señalando que con su voto iba a hacer cambiar de opinión a los otros magistrados. Acto seguido, el entonces Presidente del TC, Juan Vergara Gotelli, convocó a una sesión extraordinaria para ver el caso, la cual finalmente no se realizó debido a que, según se expresa en la nota de prensa publicada en el portal del TC el 16 de julio de 2009, dos magistrados se encontraban de viaje por motivos académicos. Finalmente, se cumplió la advertencia de Mesía pues la demanda fue finamente declarada infundada con el voto del propio Mesía, Eto, Vergara y Álvarez. La actuación de Mesía y el sorpresivo viraje del caso habría estado influenciado por el gobierno aprista de ese entonces, a quien le interesaba que Antauro Humala permaneciera en la cárcel pues se trataba del hermano del entonces líder de la oposición, Ollanta Humala.

En cuanto al aspecto de fondo, observamos que la sentencia del Tribunal Constitucional resulta cuestionable en la medida en que no llega a pronunciarse sobre la eventual vulneración al derecho al plazo razonable por exceso de carcelería sino que la misma se limita a efectuar un control formal sobre la resolución judicial que prolongaba el plazo de detención preventiva, señalando que la misma no vulnera ni el derecho al juez natural ni el derecho de defensa. La referencia tangencial, efectuada en el fundamento 14, a que la falta de cumplimiento de los plazos legales se justifica por la sobrecarga procesal resulta insuficiente.

2.2.- Caso Tudela. STC N° 01317-2008-PHC/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de hábeas corpus planteada por los hermanos Francisco y Juan Felipe Tudela Van Breugel Douglas, a favor de su padre, Felipe Tudela y Barreda, en virtud de la cual se alegaba que este había sido privado arbitrariamente de su libertad por parte de su nueva esposa, Graciela De Losada, y que el caso resultaba especialmente grave teniendo en cuenta el delicado estado de salud de su padre, a quien consideraban en estado de incapacidad por demencia senil. Este fue un caso que alcanzó gran impacto mediático debido a que involucraba a un ex canciller, Francisco Tudela, quien estaba envuelto en una lucha por la herencia de su padre con la esposa de este.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, disponiendo que los demandantes ingresasen libremente en el domicilio de su padre o cualquier lugar en el que este se encuentre de modo tal que puedan interactuar con él sin la presencia de terceros; y que la demandada se abstenga de restringir el derecho de los demandantes a ver a su padre. Se argumentó que las restricciones al desenvolvimiento de las relaciones familiares implicaban una afectación al contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal, protegida por el artículo 2° inciso 1 de la Constitución.
- **Cuestionamientos.-** Esta es una sentencia altamente cuestionable en la medida en que, apartándose del objeto propio de un proceso constitucional de hábeas corpus, la libertad individual, se pasan a discutir cuestiones relacionadas a la capacidad mental del beneficiario del proceso, materia propia de un proceso civil de interdicción, y las relaciones paterno-filiales, y se declara fundada la demanda invocando un derecho por parte de los demandantes a ver a su padre sin restricción alguna y sin la presencia de terceros. Otro hecho que pone en evidencia en este caso es una clara afectación al principio de igualdad ante la ley por parte del Tribunal Constitucional ya que la causa, a pesar de no estar referido al objeto propio del proceso constitucional de hábeas corpus, fue tramitada con singular celeridad, transcurriendo tan solo ocho meses entre la admisión a trámite de la causa por parte del Poder Judicial, el 06 de noviembre de 2007, y el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, 04 de junio de 2008). Ello parece explicarse en el hecho de que las presiones ejercidas por parte del ex canciller Francisco Tudela fueron atendidas.

2.3.- Caso Tula Benites. STC N° 02364-2008-PHC/TC

- **Contexto.-** El 13 de marzo de 2008 el Pleno del Congreso de la República aprobó la acusación constitucional contra la entonces congresista Tula Benites por la presunta comisión de los delitos de peculado, colusión y falsedad genérica, disponiéndose en consecuencia la suspensión en el ejercicio del cargo y el consecuente inicio del proceso penal en contra de la congresista. Tal decisión se encontraba basada en la denuncia realizada por el diario Perú 21 el 31 de mayo de 2007, la cual señalaba que la entonces congresista había contratado en el año 2006 a Juan Carlos Cuadros Noriega, militante aprista, el cual era un “trabajador fantasma” pues quien efectivamente cobraba su sueldo era la propia congresista. La intervención del Tribunal Constitucional se da a raíz de la demanda de hábeas corpus interpuesta por Tula Benites con el objeto de cuestionar la decisión del Congreso, argumentando que se había vulnerado su derecho al debido proceso pues, a pesar de que en la sesión anterior el Pleno del Congreso ya había acordado su no acusación constitucional, dicha decisión fue reconsiderada sin que ello estuviera previsto en el Reglamento del Congreso.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, en fallo dividido, con el voto de tres magistrados (Landa, Beaumont y Álvarez), declaró que carecía de objeto pronunciarse sobre el fondo del

asunto pues se había producido la sustracción de la materia ya que en sede judicial ya se había abierto instrucción contra la demandante por los delitos señalados en la acusación constitucional. Otros dos magistrados, Mesía y Eto, votaron por declarar fundada la demanda y disponer la reposición de la demandante en el cargo de congresista; mientras que el magistrado Calle votó en el mismo sentido pero sin disponer tal reposición. El magistrado Vergara votó por declararla improcedente por no ser el hábeas corpus la vía procedimental idónea para la presente demanda

- **Cuestionamientos.-** Esta resolución evidencia una preocupante falta de colegialidad en el TC ya que se termina formando una sentencia en base a tres votos, sumando posiciones antes que fundamentos para determinar la resolución de la demanda. Asimismo, este caso tuvo un gran seguimiento mediático, lo cual también fue un factor que pesó en la decisión adoptada por los magistrados.

III.- Casos donde se favorece intereses privados y el Estado deja de percibir recursos

3.1.- Caso Transporte Flores. STC N° 02210-2007-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por la empresa de transporte terrestre Transportes Flores Hnos. S.R.Ltda. contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) con el objeto de solicitar la inaplicación de determinados fraccionamientos arancelarios, los cuales vulneraban a su criterio sus derechos a la igualdad, al trabajo y a la libertad de empresa. La empresa demandante consideraba que ya que se había concedido una exoneración tributaria a la importación de vehículos tanto al transporte aéreo (Ley N° 28525) como al transporte terrestre (Ley N° 28583), ello también debería ser aplicable para el transporte terrestre.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda a través de una sentencia que constituye una suma de votos singulares, los votos de Vergara, Álvarez y Eto. Se argumentó que constituía una vulneración del principio-derecho de igualdad y un trato discriminatorio hacia la empresa demandante el hecho de que no se haya concedido exoneración tributaria a las empresas de transporte terrestre, teniendo en cuenta que realizan un servicio similar a las empresas de transporte aéreo y marítimo. Inclusive, dada la falta de claridad en torno a los efectos del fallo, se dictó una resolución aclaratoria, disponiéndose que la empresa demandante quedaba exonerada de los fraccionamientos arancelarios concedidos y que los pagos pendientes sustentados en los mismos quedaban sin efecto desde la interposición de la demanda.
- **Cuestionamientos.-** Esta es una sentencia sumamente cuestionable, tanto por la evidente falta de colegialidad en la toma de la decisión, al punto que no hay propiamente una parte considerativa de la sentencia sino solamente la expresión por separado de las opiniones de los magistrados, como por el sentido de la decisión adoptada. Se establece una exoneración tributaria cuando ello solamente puede ser realizado en virtud de una ley, de acuerdo al artículo 74° de la Constitución. Asimismo, se desconoce la diferente naturaleza económica que poseen los mercados de transporte aéreo, transporte marítimo y de transporte terrestre, en virtud de una aplicación tendenciosa del test de igualdad que no toma en cuenta que la estructura de costos entre esos rubros es sustancialmente distinta. Se otorga un beneficio a una empresa determinado del rubro transporte terrestre, generando una situación de perjuicio para las otras empresas que participan en el rubro.

3.2.- Caso Cementos Lima. STC N° 03116-2009-AA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por Cementos Lima S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a fin de declarar inaplicable el Decreto Supremo N° 158-2007-EF,

que reducía de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF. Esta norma constituía una medida del Gobierno para ampliar la oferta en el mercado de cemento después del terremoto de Ica de septiembre de 2007, facilitando el ingreso de empresas extranjeras, tales como Cemex. La empresa demandante consideraba que ello era perjudicial a sus intereses y que se vulneraba el principio de igualdad ante la ley.

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo presentada por Cementos Lima S.A. y en consecuencia, inaplicable el artículo 2° del Decreto Supremo 158-2007-EF que había reducido de 12% a 0% el arancel que se imponía al cemento sin pulverizar importado, ordenando a la SUNAT que restablezca dicho arancel a la tasa de 12%. Según los fundamentos, la norma dictada por el Ejecutivo en octubre del 2007 afectaba el principio-derecho de igualdad.
- **Cuestionamientos.-** Se trata de una sentencia altamente cuestionada por el sector empresarial y la opinión pública, en la medida en que supuso una intervención directa del Tribunal Constitucional en la potestad arancelaria del Poder Ejecutivo, ya que la sentencia tuvo como consecuencia el restablecimiento de una tasa arancelaria, siendo la regulación de estas competencia del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 118° inciso 20 de la Constitución. Correspondía que la demanda fuera declarada improcedente toda vez que la norma cuestionada no era una norma autoaplicativa, ya que no había afectación directa a Cementos Lima y, en todo caso, dado que se trataba de una norma de rango reglamentario, su constitucionalidad correspondía ser cuestionada en el marco de un proceso de acción popular. Cabe resaltar que se trataba de un caso con incidencia en una industria, como la del cemento, que mueve miles de millones de dólares, y que habían intereses económicos muy fuertes en que la demanda fuera declarada fundada ya que los beneficios para Cementos Lima subirían en 10% de la mitad de las ventas del 2009 (47 millones de soles)⁵.

3.3.- Caso Peruval. STC N° 00051-2011-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por PeruvalCorp S.A., accionista de Ferrocarril Trasandino S.A., contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) con el objeto de declarar inaplicable el Decreto Supremo N° 031-2007-MTC, en el cual se modificaba la regulación del servicio ferroviario, reduciendo los requisitos para la obtención de la autorización para prestar servicios de transporte ferroviario en la infraestructura de uso público concesionada. La empresa demandante consideraba que tal medida suponía una afectación a los derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad jurídica y a la propiedad privada. A juicio de la empresa recurrente con la nueva norma se está abriendo el mercado a empresas diminutas, lo que redundaría en la mala calidad del servicio y perjudica a la demandante y a los usuarios, pues conforme a lo establecido en el contrato de concesión suscrito con el Estado, FETRANS sería responsable solidario incluso por el incumplimiento de las normas de seguridad realizadas por los nuevos operadores.
- **Decisión del TC.-** En principio, el Tribunal Constitucional optó por declarar nulo todo lo actuado en vista de que la resolución de primera instancia había sido apelada por el Viceministerio de Transportes cuando el demandado era el MTC (RTC N° 2757-2009-PA). Una vez corregido este error formal y traía la causa nuevamente su conocimiento, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que la norma cuestionada no resulta lesiva de los derechos fundamentales invocados. Asimismo, señaló que dicha reglamentación contribuía a generar

⁵ LAGO, Ricardo. "La del Cemento". *Blog Semana Económica*, 13 de marzo. Ver: <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/el-nuevo-sol/posts/la-del-cemento>

condiciones de libre competencia para la prestación del servicio de transporte ferroviario y que ello redundaba finalmente en la prestación de un mejor servicio para los usuarios.

- **Cuestionamientos.**-Consideramos que esta es una sentencia cuestionable, antes que por el fallo adoptado, por la demora percibida en su tramitación ya que se trata de una demora que termina favoreciendo a la empresa demandante, la cual verá finalmente declarada infundada su pretensión. El error formal invocado para declarar nulo todo lo actuado en un primer momento bien podía haber sido obviada por aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (principio de elasticidad). Asimismo, en cuanto al fondo del asunto, creemos que se trata de una sentencia que toma más en cuenta los intereses de las empresas que prestan el servicio de transporte ferroviario que los intereses de los consumidores, ya que la flexibilidad en los requisitos para permitir la operación de nuevas empresas en el rubro no debe dejar de lado el estricto control de las medidas de seguridad para proteger a los usuarios.

IV.- Sentencias del TC que no respetan las normas procesales

4.1.- Caso RBC. STC N° 2386-2008-PA

- **Contexto.**- Se trata de la demanda de amparo planteada por la Compañía de Radiodifusión Arequipa (Crasa) en contra del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en virtud de la cual se pretendía que el laudo arbitral dictado en el marco del proceso arbitral seguido entre la empresa Red Bicolor de Comunicaciones S.A. (RBC) y Austral de Televisión S.A. (Austral), en atención a la resolución del contrato de cesión de uso de la asignación del espacio radioeléctrico celebrado entre ambas partes, fuera dejado sin efecto. Cabe resaltar que la empresa demandante era una empresa de propiedad de la familia de la entonces Segunda Vicepresidenta de la República, Lourdes Mendoza del Solar, de filiación aprista.
- **Decisión del TC.**- El Tribunal Constitucional, tras haber declarado en un primer momento nula su propia sentencia debido a los cuestionamientos por el llamamiento irregular del magistrado Mesía, quien en ese entonces ejercía la presidencia del Tribunal, emitió nueva sentencia declarando fundada en parte la demanda. Se declaró nula la Resolución Ministerial N° 577-2001-MTC/15.03, de fecha 12 de diciembre de 2001, en virtud de la cual se daba cumplimiento al laudo arbitral cuestionado y se disponía la devolución del segmento del espectro radioeléctrico a RBC, y se dispuso la reposición de las cosas al estado anterior a la emisión del laudo arbitral, alegando que se había producido una vulneración del derecho al debido procedimiento administrativo por parte del MTC, al proceder a ejecutar un laudo que no tenía un *mandamus* con respecto a los derechos inmateriales, como lo es la asignación del espectro radioeléctrico.
- **Cuestionamientos.**- En este caso se presentan problemas tanto de forma como de fondo. El problema de forma radica en la irregular intervención del entonces Presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía, para dirimir el caso. El expediente se hallaba a cargo de la Sala Primera del TC, entonces conformada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz. No obstante, al no alcanzarse los tres votos requeridos para dictar sentencia ya que habían dos votos a favor de declarar la demanda fundada (Beaumont y Eto) y un voto a favor de declararla improcedente (Landa), correspondía llamar a otro magistrado a dirimir la causa, siguiendo el orden establecido por el artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. De acuerdo a este orden, correspondía llamar al magistrado menos antiguo de la otra sala y recién en última instancia, de persistir la discordia, correspondía intervenir al Presidente del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ello no fue respetado en este caso pues el entonces Presidente del TC, Carlos Mesía, intervino directamente apenas presentada la discordia.

Ello motivó que la sentencia fuera cuestionada y que se solicitara su nulidad por parte de los accionantes. Como consecuencia de ello, el TC mediante resolución de fecha 12 de marzo de 2010, declaró nula la sentencia por otros fundamentos, el no haberse notificado a las parte del llamamiento de Mesía. Esta resolución fue suscrita por Beaumont, Eto y Mesía. La intervención de este último era a todas luces ilógica pues justamente lo que se cuestionaba era su irregular llamamiento a dirimir el caso. Resulta sorprendente además que él termine suscribiendo la anulación de su propio llamamiento como dirimente. Así, se procedió a emitir una nueva sentencia sobre el caso en el mismo sentido que la anterior, esta vez con los votos de Beaumont, Eto y Álvarez y la discordia de Landa.

El problema de fondo en torno a la resolución de este caso radica en que el TC llegó a intervenir en aspectos específicos sobre el fondo de lo decidido en el laudo arbitral, disponiendo la anulación de la resolución ministerial que favorecía a una de las partes, cuando, de conformidad a la jurisprudencia que se había establecido para el amparo arbitral (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC – Caso Fernando Cantuarias Salaverry), tal intervención solo podía darse una vez agotadas las vías previas y debía limitarse a verificar la vulneración de derechos fundamentales en el marco del proceso arbitral. En este caso, consideramos que se da una extralimitación por parte del TC al pronunciarse sobre cuestiones que corresponden al conflicto sometido a arbitraje y que deben ser resueltas en dicha vía.

4.2.- Caso Chiquitoy. STC N° 00228-2009-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por Flor de María Ibáñez Salvador contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. y otros con el objeto de declarar nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la empresa demandada de fecha 06 de diciembre del 2006, ya que a su criterio estos constituían una vulneración a sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso y a la interdicción de arbitrariedad. Tras ser declarada improcedente en las dos primeras instancias, considerando que la vía idónea para dicho petitorio es el proceso contencioso administrativo ya que se cuestiona lo resuelto en un procedimiento concursal, el caso llegó a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, existiendo tres votos a favor de declarar fundada la demanda (Mesía, Eto y Álvarez) y cuatro votos a favor de declararla improcedente (Beaumont, Vergara, Calle y Urviola), declaró finalmente fundada la demanda por aplicación del voto decisorio del Presidente del Tribunal Constitucional (Mesía), establecido en el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. En consecuencia, se dispuso la restitución de los derechos de la demandante como accionista de la empresa demandada, alegando la afectación de los derechos constitucionales invocados a través de la “operación acordeón” –consistente en la reducción a cero del capital social y su inmediato incremento y que no se encuentra regulada por la legislación comercial nacional–.
- **Cuestionamientos.-** Lo cuestionable en esta sentencia, antes que lo finalmente decidido por el Tribunal Constitucional, radica en la irregular aplicación del artículo 10-A del Reglamento Normativo, es decir, en la indebida utilización del voto dirimente del Presidente del Tribunal Constitucional. Esta facultad, consistente en el otorgamiento de doble voto a quien preside el colegiado en caso de empate entre las ponencias, no se encuentra establecida ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del TC y fue introducida a través de la modificación del Reglamento Normativo, lo cual resulta extraño e inconstitucional pues una facultad de esta naturaleza, que tiene especial incidencia en el desarrollo de las competencias fundamentales del TC, como lo es la resolución de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, corresponde

ser establecida a nivel de la Ley Orgánica del TC. En este caso, no tenía lugar la aplicación de esta facultad pues no había empate entre ponencias. Sin embargo, esta facultad fue indebidamente utilizada para hacer valer la posición del Presidente del Tribunal por encima de la mayoría del colegiado pues se declaró fundada la demanda por ser este el sentido en que votó el entonces Presidente del TC (Mesía) a pesar de que cuatro de los siete magistrados habían votado por la improcedencia de la demanda.

4.3.- Caso Amparo contra sentencia del TC. STC N° 03569-2010-AA/TC

- **Contexto.-** Se trata de un proceso de amparo en virtud del cual se cuestionan los alcances de lo decidido por el Tribunal Constitucional en otro proceso de amparo, concretamente el Exp. N° 05614-2007-AA. El demandante, Agrícola Cerro Prieto S.A.C., alegaba que había sido directamente afectada por el fallo contenido en dicha sentencia, en la medida en que se disponía la inscripción registral de predios ya inscritos a su nombre a favor de la empresa Aspillaga Anderson Hermanos S.A.C., a pesar de no haber intervenido en el proceso.
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional, en una decisión dividida con el voto de cuatro magistrados (Mesía, Álvarez, Eto y Urviola), declaró fundada la demanda y precisó los efectos de la sentencia recaída en el Exp. N° 05614-2007-AA, ordenando al Ministerio de Agricultura y al Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña iniciar un procedimiento de expropiación en contra de Aspillaga Anderson Hermanos S.A.C. (los demandantes favorecidos con la primera sentencia del TC) a fin de indemnizarlos y disponiendo mantener la inscripción registral de la propiedad a favor de Agrícola Cerro Prieto S.A.C. (los demandantes de este nuevo proceso de amparo).
- **Cuestionamientos.-** Si bien es cierto que es posible iniciar un proceso de amparo para cuestionar lo resuelto en otro proceso de amparo, ello solamente es posible en situaciones excepcionales, las cuales han sido reguladas en el precedente vinculante recaído en la STC N° 04853-2004-AA. Una de tales restricciones radica justamente en que en ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

En este caso, no obstante, el TC se apartó de este criterio y modificó los alcances de lo resuelto en su sentencia anterior. La modificación de lo ya decidido en una sentencia por parte del TC constituye una grave afectación al principio de seguridad jurídica y al principio de cosa juzgada, el cual es parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es cierto que el TC puede cometer errores en sus fallos, como de hecho ocurre en varias ocasiones como lo evidencia el presente balance, pero, a efectos de que el ordenamiento jurídico funcione este debe contar con un órgano de última instancia cuyos fallos sean inmutables. En ese sentido, por más de que existan razones que habrían de justificarlo, resulta inadmisibles que el TC tenga capacidad para modificar lo ya resuelto en sus sentencias. Cabe resaltar que en este caso, dos de los magistrados que habían intervenido en el proceso anterior, Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, también suscriben la nueva sentencia.

V.- Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción

5.1.- Caso Walter Chacón. STC. N° 3509-2009-PHC/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por Walter Gaspar Chacón Málaga contra la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima y otros, en virtud del cual se solicitaba la nulidad de la denuncia fiscal, del auto de apertura de instrucción, del auto ampliatorio de instrucción, de la acusación fiscal y del auto de enjuiciamiento del proceso penal

que se le venía siguiendo al demandante por los delitos de cohecho propio y enriquecimiento ilícito, alegando que se había afectado su derecho al plazo razonable toda vez que habían transcurrido casi 8 años desde el inicio del proceso penal y todavía no había sentencia en su contra.

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, considerando que se había producido una vulneración del derecho al plazo razonable que implicaba una prohibición para el Estado para continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental, dispuso que la Sala Penal excluya al demandante del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito
- **Cuestionamientos.-** La crítica a esta sentencia es que constituye un evidente exceso por parte del Tribunal Constitucional. La protección de la justicia constitucional solo debe llegar hasta donde se logra restituir el derecho violado, no ir más allá. En este caso, se denuncia la violación del plazo razonable y se estima que la demanda es fundada. Correspondía, en todo caso exhortar a la Sala Penal demandada a que emita sentencia en el proceso penal a su cargo. Sin embargo, el TC optó por arrogarse las funciones de tribunal penal y pronunciarse sobre la responsabilidad penal del procesado. El TC violó el principio constitucional de la división de poderes y principio de corrección funcional, pues en esta sentencia se comportó como órgano jurisdiccional penal al declarar nulo el proceso penal seguido contra Walter Chacón por exceso en el plazo del proceso, lo cual equivale a una sentencia absolutoria emitida por el Poder Judicial.

5.2.- Caso pago de devengados a Javier Ríos Castillo. STC N° 04197-2008-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por Javier Ríos Castillo contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Universidad Ricardo Palma, en virtud del cual pretendía que se declarase la nulidad de la resolución judicial emitida en el marco del proceso sobre cobro de honorarios profesionales que venía siguiendo contra la universidad demandada. El demandante alegaba que se habían vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la efectividad de la sentencia y a la cosa juzgada. Tras haber sido declarada improcedente en las dos primeras instancias, considerando que se estaba utilizando la vía constitucional como suprainstancia de los procesos judiciales ordinarios, la demanda pasó a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó proseguir con el proceso de ejecución de la sentencia dictada a favor del demandante en el proceso judicial ordinario sobre cobro de honorarios profesionales, disponiendo que la Universidad Ricardo Palma pague al demandante, además de los 354 000 dólares por concepto de honorarios impagos que establecía la sentencia en ejecución, 318 000 dólares por concepto de devengados.
- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia resulta sumamente cuestionable en tanto que el Tribunal Constitucional, desconociendo el carácter excepcional del proceso constitucional de amparo, hace las veces de suprainstancia de lo resuelto en sede jurisdiccional ordinaria y amplía los alcances de lo resuelto en esa instancia. En síntesis, se ordena el pago de devengados a favor del demandante a pesar de que ello no es materia de un proceso constitucional de amparo y de que ello había sido denegado expresamente por la Corte Suprema en sede jurisdiccional ordinaria. Cabe resaltar, además que uno de los magistrados que suscribe esta sentencia, Juan Vergara Gotelli, carecía de imparcialidad en este asunto pues había participado en un acto de desagravio a favor del demandante en su calidad de representante del Colegio de Abogados de Lima.

Cabe resaltar que, debido a los problemas generados por la ejecución de esta sentencia, el caso llegó nuevamente a conocimiento del TC por aplicación del recurso de agravio constitucional. Sin embargo, este recurso fue declarado fundado de manera irregular por el TC con la firma de solamente tres magistrados (Álvarez, Vergara y Eto), a pesar de que era un caso que había sido debatido por el Pleno del Tribunal y, como tal, requería por lo menos de cuatro votos para hacer mayoría y formar sentencia. Además, para el momento en que dicho recurso fue resuelto la resolución judicial cuyo ejecución se pretendía en primer lugar, la resolución a favor de Javier Ríos Castillo que disponía el pago de la deuda, había sido declarada nula por la Corte Suprema en virtud de la resolución de fecha 25 de marzo de 2009 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Inclusive, los propios magistrados que declararon fundada la demanda declararon improcedente el recurso de nulidad planteado contra dicha resolución por la Universidad Ricardo Palma.

5.3.- Caso de postulación al TC de Javier Ríos Castillo. STC N° 04907-2008-PA/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso de amparo interpuesto por Javier Ríos Castillo contra el Congreso de la República, en virtud del cual este solicitaba que se acate la validez, vigencia y plena eficacia de su designación como miembro del Tribunal Constitucional. Alegaba que se habían vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, de defensa y a participar en la vida pública de la nación, así como sus prerrogativas como magistrado electo del TC. La demanda fue rechazada liminarmente en las dos primeras instancias por aplicación de los artículos 5° inciso 5 y 47° del Código Procesal Constitucional, considerando que la presunta afectación de los derechos invocados por el demandante había devenido en irreparable. Cabe resaltar que este proceso se inicia a consecuencia de la fallida elección del demandante como magistrado del TC, quien renunció a dicha elección tras revelarse sus extraños vínculos con Agustín Mantilla y otros cuestionables personajes a raíz del escándalo suscitado en el restaurante Fiesta, que hizo que dicha elección resultase inadmisibile.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional, con el voto de cinco de los magistrados, resolvió revocar el auto de rechazo liminar y disponer que la demanda fuese admitida a trámite, alegando que había que analizar los hechos respecto a la afectación de los derechos fundamentales del recurrente.
- **Cuestionamientos.**-Consideramos que el pronunciamiento del Tribunal en este caso carece de justificación pues correspondía rechazar liminarmente la demanda por varias razones. Primero, porque Javier Ríos Castillo no puede reclamar algo que consintió, pues no fue destituido, sino que él renunció al cargo de forma voluntaria luego del escándalo que protagonizó. Segundo, aún en el supuesto de que exista violación de algún derecho ésta es irreversible, no podemos retrotraernos al pasado, razón por la cual, tal como lo señalan los votos singulares de Landa Arroyo y Calle Hayen, hay sustracción de la materia. Tercero, el Congreso es el órgano que elige, en tal sentido, Javier Ríos Castillo estaría pretendiendo subrogarse en la voluntad del Congreso. Cuarto, y esta es la razón de fondo, Ríos Castillo no puede ocupar el cargo de magistrado del TC toda vez que su conducta no se ajusta al perfil exigido luego del escándalo protagonizado en el Restaurante Fiesta. No se trata que Javier Ríos Castillo haya cometido un delito o una infracción legal al almorzar con estas personas. Lo que ocurrió es que al hacerlo perdió la confianza del Congreso, la cual se expresó en la aceptación de su renuncia. Cabe resaltar que, finalmente, este caso ha concluido con la resolución recaída en el Exp. N° 00265-2012-PA, publicada el 09 de mayo de 2012, a través de la cual el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda, aduciendo que el presunto daño había devenido en irreparable ya que el proceso de elección de magistrados del TC en el cual había participado el demandante había concluido con la designación de tres magistrados (Álvarez

Miranda, Calle Hayen y Eto Cruz), la cual se había materializado con la Resolución Legislativa N° 007-2007-CR.

5.4.- Caso Alfredo Jalilie Awapara. STC N° 04053-2007-HC/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por Alfredo Jalilie Awapara contra la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de cuestionar la resolución judicial expedida por dicha sala en virtud de la cual se declaraba inaplicable la gracia presidencial que le fuera concedida mediante Resolución Suprema N° 097-2006-JUS y se disponía continuar con el proceso penal en su contra por el delito de peculado. La demanda fue declarada fundada en primera instancia y revocada en segunda instancia, llegando el caso a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional, con el voto de cinco magistrados, resolvió declarar fundada la demanda y declaró nula la resolución judicial cuestionada, convalidando la gracia presidencial otorgada al demandante, sosteniendo que, si bien esta carecía de motivación, ello no suponía que fuera inválida por cuanto no había arbitrariedad ya que se habían respetado los límites materiales y formales establecidos en la Constitución respecto a la gracia presidencial.
- **Cuestionamientos.-**Lo cuestionable en esta sentencia es que se convalida una gracia presidencial que no contaba con una adecuada motivación y sobre la cual pesaban sendas denuncias sobre irregularidades en el trámite seguido para su otorgamiento. Pero no solo eso, sino que el TC avala la concesión de este beneficio sin antes solicitar y exigir un examen médico de un especialista que dé cuenta del delicado estado de salud del demandante, apelando a que era de conocimiento público que el procesado padecía de cáncer en uno de sus ojos (fundamento 30). En síntesis, el TC no termina de realizar una fundamentación que justifique la decisión adoptada.

5.5.- Caso Ernesto Schütz. STC N° 03681-2012-PHC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de hábeas corpus planteada a favor de Ernesto César Schütz Landazuri contra la Tercera Sala Penal Especial de la Corte y el Primer Juzgado Penal Especial Anticorrupción de Lima, la cual tenía por objeto que fuesen declaradas inaplicables y sin efectos jurídicos la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, en virtud de la cual se suspendieron los términos prescriptorios de la acción penal en su contra, y la resolución de fecha 01 de octubre de 2001, por la cual se dispuso ampliar el auto de apertura de instrucción para incorporar en la imputación en su contra el delito de asociación ilícita para delinquir e incluirlo como cómplice primario en el delito de peculado. El demandante alegaba que se habían vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad individual y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. La demanda tanto en primera y en segunda instancia, declarando improcedente el extremo referido a la resolución de fecha 01 de octubre de 2001, por tratarse de una resolución consentida, e infundado el extremo referido a la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, considerando que esta había sido expedida de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 26641 y el artículo 84° del Código Penal.
- **Decisión del TC.-** En principio, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda en el extremo referido a la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006, la referida a la suspensión de los términos prescriptorios de la acción penal incoada contra el demandante, y dispuso la nulidad de esta resolución, considerando que la misma era firme y que no había sido debidamente motivada, e improcedente en el extremo referido a la resolución de fecha 01 de octubre de 2001, estimando que esta no afectaba la libertad individual del demandante. Sin embargo, esta decisión fue posteriormente anulada por el propio Tribunal al constatar que la misma había sido expedida

únicamente con el voto de tres magistrados (Mesía, Álvarez y Eto) a pesar de que existían otros tres votos (Beaumont, Urviola y Vergara) a favor de declarar improcedente la demanda en el extremo referido a la resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 por aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional. La causa fue finalmente declarada improcedente por aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional en atención al voto dirimente del magistrado Calle Hayen.

- **Cuestionamientos.-** Se trata de un pronunciamiento sumamente cuestionable en la medida en que se encuentra fundamentado en una abierta contravención del artículo 4° del Código Procesal Constitucional ya que se admite una demanda de hábeas corpus en contra de una resolución consentida al haber sido apelada de manera extemporánea, conforme se deja constancia en los votos singulares de los magistrados Urviola, Beaumont y Vergara. Asimismo, se desconoce que la suspensión de la prescripción de la acción penal en contra del demandante y la supuesta afectación del plazo razonable en su juzgamiento se deben a que el propio imputado, Ernesto Schütz Landazuri, huyó del país y motivó el inicio de un proceso de extradición en su contra. Asimismo, se contraviene la propia jurisprudencia del TC y la propia naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus ya que se trata de una sentencia que, al disponer la anulación de la suspensión de la prescripción, constituye en los hechos la exclusión para el inculpado del proceso penal en su contra a pesar de que en sede constitucional no corresponde determinar la responsabilidad penal. En síntesis, se trata de una sentencia que genera impunidad en la lucha contra la corrupción ya que el favorecido no es un inculpado menor pues se trata del ex dueño de uno de los principales canales de TV que vendió su línea editorial al gobierno fujimontesinista. Finalmente, se demuestra nuevamente la falta de colegialidad del TC en la división y sumatoria de los votos, lo que ha llevado finalmente a que sea el propio TC quien declare la nulidad de esta cuestionada sentencia.

VI.- Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de narcotráfico

6.1.- Caso Abanto Verástegui. STC N° 06079-2008-PHC/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por José Humberto Abanto Verástegui contra la Segunda Fiscalía Provincial Penal Especializada en Criminalidad Organizada, en virtud del cual cuestionaba la investigación preliminar abierta en su contra por el delito de lavado de activos por su condición de director, gerente general y apoderado de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., alegando que se habían vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad personal y al debido proceso. Tras ser declarada infundada por las dos primeras instancias, la demanda pasó a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda y ordenó a la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada que excluya al demandante de la investigación preliminar seguida en su contra, considerando que se había vulnerado el plazo razonable y el principio de interdicción de la arbitrariedad.
- **Cuestionamientos.-** Este caso representa una abierta contradicción por parte del Tribunal Constitucional con una reiterada línea jurisprudencial (conforme consta en casos como la STC 0476-2008-PHC/TC, STC 03633-2009-HC, RTC 1404-2010-PHC/TC, RTC 4207-2010-HC, STC 0569-2011-PHC/TC, RTC 0709-2011-PHC/TC o RTC 0561-2011-PHC/TC), según la cual se declaraban improcedentes las demandas de hábeas corpus que cuestionaban la actuación fiscal en la medida en que dicha actuación no tenía incidencia en la libertad individual por ser actuaciones meramente postulatorias. No se fundamenta por qué es que en este caso se hace una excepción a dicha línea jurisprudencial, teniendo en cuenta además que se trata de un caso que involucra la comisión de un delito grave, como lo es el lavado de activos, con lo cual se pone en entredicho la

predictibilidad en la actuación del TC. Además, se invoca la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal cuando este todavía no se encontraba vigente.

VII.- Sentencias que interfieren la labor del CNM

7.1.- Caso Walde Jáuregui. STC. N° 01873-2009-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo incoado por Vicente Rodolfo Walde Jáuregui contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) en virtud del cual impugnaba las resoluciones administrativas mediante las cuales había sido destituido como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República y solicitaba su reincorporación en el cargo, alegando que se había vulnerado su derecho constitucional al debido proceso. Tal destitución se había dado a consecuencia de la intervención del demandante en el caso BECOM, en el cual se procedió irregularmente a modificar una sentencia de la Corte Suprema que había adquirido la calidad de cosa juzgada. Cabe resaltar que esta era la tercera oportunidad en la que demandante llegaba al Tribunal Constitucional con la misma pretensión, siendo que en la primera oportunidad (STC N° 5156-2006-PA) el TC había declarado fundada la demanda y ordenado la emisión de una nueva resolución del CNM, sin reponer en el cargo al demandante, y en la segunda oportunidad (STC N° 0896-2008-PA) se había declarado infundada la demanda considerando que la nueva resolución del CNM, en virtud de la cual se disponía la destitución del demandante, se hallaba adecuadamente motivada.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, en decisión dividida y con el voto de cuatro magistrados (Vergara, Mesía, Eto y Álvarez), declaró fundada la demanda y ordenó la reincorporación del demandante en el cargo de Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, alegando que su destitución se había producido en vulneración del principio de legalidad estatuido en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución.
- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia representa una abierta vulneración por parte del Tribunal Constitucional a uno de los principios propios del debido proceso, como lo es la cosa juzgada, ya que, a pesar de haberse pronunciado en anterior oportunidad convalidando la destitución del demandante y reconociendo que la resolución de destitución del CNM estaba adecuadamente motivada (STC N° 0896-2008-PA), emite nuevo pronunciamiento en sentido contrario, ordenando la reposición del demandante y contradiciendo lo resuelto anteriormente, alegando que había otros aspectos de la motivación de lo resuelto por el CNM que le competía revisar. Además, el TC incurre en una afectación de las competencias del CNM al reincorporar al demandante en el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo que la elección, destitución y ratificación de jueces es competencia del CNM de acuerdo al artículo 154° de la Constitución.

7.2.- Caso Valdivia Cano. STC N° 08495-2006-PA/TC)

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por Ramiro De Valdivia Cano contra el Consejo Nacional de la Magistratura con el objeto de ser repuesto como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, tras ser destituido tras revelarse sus vínculos con Vladimiro Montesinos Torres y las reuniones sostenidas en el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), así como el rol que desempeñó en la fallida tercera reelección de Fujimori en su condición de integrante del Jurado Nacional de Elecciones (JNE). El demandante alegaba que se habían vulnerado sus derechos a la presunción de inocencia, al honor, al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones toda vez que estaba sancionada por hechos ajenos al desempeño de la función jurisdiccional.

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y dispuso la reincorporación del demandante como miembro titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, aduciendo que no había habido una adecuada motivación por parte del CNM en la resolución a través de la cual destituyó al demandante y que se había vulnerado el derecho al debido proceso en sede administrativa.
- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia del TC resulta sumamente negativa tanto porque se invaden competencias del CNM, disponiendo la reincorporación del demandante en la función jurisdiccional, como porque se avala la conducta de un personaje vinculado con la mafia fujimontesinista de la época de los noventa que atentó contra la independencia del sistema electoral, alegando que la evaluación de la función jurisdiccional debe ceñirse a las resoluciones del juez cuando esta función exige a los jueces excelencia profesional y corrección moral en todos los aspectos de su vida. Se debe tener en cuenta que quien postula a un cargo de juez, además de no tener antecedentes penales, debe ostentar una trayectoria democrática y ética incuestionable, porque de no ser así se estaría atentando contra la esencia misma de la función jurisdiccional. En síntesis, junto a la tolerancia de graves actos de corrupción a favor de una excesiva formalidad jurídica, es cuestionable que el TC haya dispuesto la reincorporación directa del demandante al cargo de vocal titular de la Corte Suprema, hecho que difiere de la reiterada jurisprudencia de este colegiado, pues en la mayoría de este tipo de casos se ha ordenado al CNM volver a motivar sin ordenar, necesariamente, la reincorporación del sancionado

7.3.- Caso Mateo Castañeda. STC N° 04944-2011-PA/TC⁶

- **Contexto.-** Se trata del proceso de amparo iniciado por el ex fiscal Mateo Castañeda contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a través de la cual cuestionaba la decisión de este órgano constitucional autónomo de no designarlo como Fiscal Supremo a pesar de encontrarse ubicado en el tercer lugar del cuadro de méritos, con la consecuente vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. Cabe resaltar que en su oportunidad el Instituto de Defensa Legal advirtió que esta candidatura se había presentado en incumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley de Carrera Judicial ya que el postulante, Mateo Castañeda, a pesar de presentarse como abogado, invocaba como fundamento de su candidatura su experiencia como fiscal y soslayaba el hecho de no contar con los 15 años de ejercicio en la profesión exigidos por el artículo 147° de la Constitución⁷.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, considerando que no había habido una motivación adecuada por parte del CNM, declaró fundada la demanda y dispuso que este órgano constitucional autónomo vuelva a votar respecto a la candidatura del demandante al cargo del Fiscal Supremo.
- **Cuestionamientos.-** El límite de la protección constitucional y de la actuación del TC es la función “restitutiva” del derecho conculcado (art. 1 de la ley 28237). En otras palabras, el TC solo puede ir hasta donde logra restituir la vigencia del derecho, no puede ir más allá. Hay que preguntarse si la protección de la falta de motivación se alcanzaba con el mandato del TC de volver a motivar, o era necesario ordenar al CNM volver a votar. Lo “restitutivo” se realiza con lo primero. En tal sentido, el TC ha excedido sus funciones en ese sentido. Ese es el punto central.

⁶ Cruz Silva del Carpio, La peligrosa intromisión del TC en la no designación del candidato Mateo Castañeda por parte del CNM. Ver en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=748>.

⁷ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=450>

Pero además, en esta sentencia el TC utiliza un criterio absolutamente distinto al que utilizó en la sentencia N° 03613-2010-PA/TC, sobre la fiscal Luz del Carmen Ibáñez Carranza, que también cuestionó una decisión del CNM (en este caso, se refiere a la decisión de considerarla apta para postular) a lo que el TC luego de hacer un resumen de los hechos, considera que el concurso de selección acaba con el nombramiento y expedición de resoluciones, que ha habido sustracción de la materia y que ha devenido la eventual afectación de los derechos constitucionales en irreparable. Es decir, todo lo opuesto a lo argumentado en el presente caso. ¿A qué se debe esta diferencia de criterio? Más grave aún es que la diferencia se da entre resoluciones que han sido dadas por los mismos cinco integrantes del TC (los magistrados Mesía, Álvarez, Beaumont, Eto y Urviola), en menos de un año y en el mismo concurso de selección (la convocatoria 002-2010-CNM).

7.4.- Caso Lara Contreras. STC N° 01412-2007-PA/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso de amparo incoado por Juan de Dios Lara Contreras contra el Consejo Nacional de la Magistratura con el objeto de cuestionar su no ratificación en el cargo de Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. El demandante alegaba que se había vulnerado su derecho constitucional al debido proceso toda vez que la resolución en virtud de la cual se disponía su no ratificación no había sido motivada. Cabe precisar que en la fecha en que el CNM dispuso la no ratificación del demandante, 01 de agosto de 2003, el Tribunal Constitucional había venido convalidando constitucionalmente la expedición de resoluciones de no ratificación no motivadas por parte del CNM y que este criterio recién fue variado con el precedente vinculante recaído en la STC N° 3361-2004-AA, el cual estableció que a futuro el CNM debía motivar adecuadamente sus resoluciones de no ratificación de jueces y fiscales.
- **Decisión del TC.**- El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y dispuso la inmediata reincorporación del demandante en el cargo de Vocal Superior de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, sentando como nuevo precedente vinculante que todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas sin importar el tiempo en que se hayan emitido.
- **Cuestionamientos.**- En la STC N° 3361-2004-AA, caso Álvarez Guillén, del 2005, el TC juzgó que las ratificaciones realizadas hasta el momento en que se emitió la sentencia debían ser convalidadas, exigiéndose la motivación únicamente para los nuevos casos, utilizando la regla del *prospective overruling*. Con la sentencia bajo comentario se varió este criterio y se estableció un nuevo precedente vinculante. Según el TC la sentencia primigenia provocaba una “distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas”.

La nueva sentencia sostiene que la anterior provocó una situación de desigualdad para los que fueron ratificados con anterioridad a la STC 3361-2004-AA/TC. Concordamos con lo expresado por el magistrado Landa en su voto singular, en donde se menciona que “es justamente la sentencia de la mayoría la que podría tener algún viso de discriminación, puesto que la variación del precedente se aplicaría a poquísimos casos; sólo tales recurrentes se beneficiarían con una aplicación inmediata de la sentencia, a diferencia de los múltiples casos que han sido resueltos desde el 2005, año en que se emitió el precedente vinculante. Lo cual no se condice con la vocación de permanencia ni generalidad, rasgos que generan predictibilidad y certeza jurídicas, que son inherentes a la naturaleza del precedente constitucional. En consecuencia, así como la Constitución proscribió que se dicten leyes especiales por diferencias de las personas sino por la

naturaleza de las cosas(artículo 103°), igualmente no cabe que se establezcan precedentes constitucionales ad hoc para determinadas personas, sin un análisis previo de su diferenciación”.

Según información obtenida de fuentes confiables, la preocupación expresada por el magistrado Landa en este caso ha sido confirmada pues este nuevo precedente vinculante, como era de suponer, sólo se ha aplicado a 4 casos adicionales(STC 3180-2007-PA/TC, STC 3339-2009-PA/TC, STC 1715-2008-PA/TC y STC 6749-2008-PA/TC). Es decir, se hizo un cambio de precedente específicamente para 5 magistrados.

7.5.- Caso Hinostroza Pariachi. STC N° 03891-2011-PA/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso de amparo iniciado por César José Hinostroza Pariachi contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) a través de la cual cuestionaba la decisión de este órgano constitucional autónomo de no designarlo como Fiscal Supremo a pesar de encontrarse ubicado en el primer lugar del cuadro de méritos, con la consecuente vulneración de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. Cabe resaltar que en su oportunidad el Instituto de Defensa Legal advirtió que esta candidatura presentaba serios cuestionamientos en la medida en que el postulante había tenido cuestionables intervenciones como juez en casos relacionados al narcotráfico y había indicios sobre un presunto desbalance patrimonial (adquisición de un costoso inmueble en Miami, entre otras cosas)⁸.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, al haberse acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones, y dispuso que los miembros del CNM vuelvan a votar sobre la candidatura del demandante al cargo de Fiscal Supremo.
- **Cuestionamientos.**-A esta sentencia se le pueden hacer las mismas críticas que en el Caso Mateo Castañeda pues se evidencia un exceso por parte del TC al disponer que el CNM vuelva a votar sobre la elección de un postulante. En efecto, se extralimita el efecto reparador del proceso constitucional de amparo pues el derecho conculcado, el derecho a la debida motivación de las resoluciones, en este caso podía ser reparado con la emisión de una nueva resolución por parte del CNM, como lo había dispuesto el TC en casos similares. Esta extralimitación supone a su vez una invasión del TC en las competencias constitucionales del CNM en lo que respecta a la elección de los jueces y fiscales.

VIII.- Sentencias que afectan la justicia constitucional

8.1.- Caso eliminación del RAC a favor del precedente vinculante. STC N° 03908-2007-PA/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional) con el objeto de cuestionar lo resuelto en otro proceso constitucional de amparo, en virtud del cual se había declarado fundada la demanda interpuesta en su contra y se le había ordenado reponer al demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando. Alegaba que se habían vulnerado su derecho constitucional al debido proceso pues se había contravenido lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 0206-2005-PA. Las dos primeras instancias rechazaron la demanda liminarmente por considerar que la resolución cuestionada había sido emitida en el marco de un proceso de amparo regular.

⁸ Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=708>

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en la STC N° 04853-2004-PA, estableciendo que la vía idónea para cuestionar una resolución estimatoria de segundo grado que contraviene un precedente vinculante es la interposición de un nuevo proceso constitucional de amparo.
- **Cuestionamientos.-** Lo preocupante de esta sentencia es que se pierde una herramienta para hacer efectivas las sentencias y los precedentes del TC, lo cual era posible con la sentencia STC 04853-2004-PA/TC, dejada sin efecto, la misma que establecía las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente, y que obligaba a todos los órganos del Estado a cumplir el mandato de los precedentes constitucionales emitidos por el TC, precisando a que la única vía de efectivizar sus resoluciones es mediante la vía del amparo contra amparo. Este cambio jurisprudencial en su doctrina jurisprudencial trastoca la especialidad de los procesos constitucionales, al violarse los principios de celeridad y economía procesal, desapareciendo la tutela de urgencia, y “ordinarizando los procesos constitucionales”. Asimismo, este cambio doctrinal no ha sido adecuadamente fundamentado, incurriendo en una violación de la obligación de motivación, y del principio de interdicción de la arbitrariedad.

8.2.- Caso Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC. STC N° 00004-2009-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata de un proceso constitucional de amparo iniciado por Roberto AllccaAtachahua, en virtud del cual solicitaba la ejecución en sus propios términos de una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional. Alegaba que se había vulnerado su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva pues, a pesar de que el Tribunal Constitucional había dispuesto su reposición como trabajador, se le había repuesto como locador de servicios profesionales.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, en tanto que efectivamente se había producido una tergiversación de lo ordenado en su sentencia en tanto que se había repuesto al demandante como locador de servicios a pesar de que se había ordenado que se le reponga como trabajador, y creó por vía jurisprudencial el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de sus sentencias. Este recurso viene a ser una ampliación del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, establecido a partir de la RTC N° 00168-2007-Q, y consiste en la exoneración de las Salas Superiores del Poder Judicial de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de la sentencia del Tribunal Constitucional, permitiendo que sea el propio Tribunal quien intervenga directamente en el control de la ejecución de sus sentencias.
- **Cuestionamientos.-** Si bien es cierto que hay razones que pueden justificar la creación de una institución procesal de esta naturaleza, en aras de optimizar la ejecución de las sentencias constitucionales y del cumplimiento, en consecuencia, de los fines de los procesos constitucionales, consideramos que el mecanismo empleado por el Tribunal Constitucional para ello no fue el más idóneo. Se apeló al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, referido a la doctrina jurisprudencial, cuando debía de haberse apelado al artículo VII, ya que el establecimiento de una regla procesal de semejante importancia, que afecta en última instancia las reglas de competencia en la etapa de ejecución de sentencias en los procesos constitucionales, ameritaba el dictado de un precedente vinculante.

En síntesis, por más de que hay buenas intenciones detrás del dictado de esta sentencia, esta refleja un uso desprolijo por parte del Tribunal Constitucional de las instituciones procesales, tales como la doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante, que trae como consecuencia que la

innovación procesal pretendida, creación de un recurso directo al TC para revisar la ejecución de sus sentencias, no sea tomada en cuenta por los operadores jurídicos.

8.3.- Caso RAC en casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos. STC N° 02748-2010-HC

- **Contexto.-** Se trata del proceso constitucional de hábeas corpus iniciado por Alexander Mosquera Izquierdo contra el titular del Quincuagésimo Segundo Juzgado Penal de Lima a fin de solicitar su inmediata libertad por exceso en el plazo de prisión preventiva en el proceso penal seguido en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas. Tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue declarada infundada por considerar que no se había transgredido dicho plazo.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda por los mismos fundamentos y dispuso la creación del recurso de agravio constitucional en casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, estableciendo que dicho recurso procede en aquellos procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado. Se trata de una habilitación excepcional dirigida especialmente a la Procuraduría que ejerce la defensa del Estado en los casos que involucran tales delitos. El fundamento de esta decisión es que no puede permitirse ni avalarse que estos delitos queden impunes.
- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia presenta los mismos problema que la creación del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC, pues este recurso también es creado invocando el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en lugar del artículo VII del mismo cuerpo normativo, desconociendo nuevamente la diferencia entre doctrina jurisprudencial y precedente vinculante. Cabe resaltar que la creación de esta institución procesal representa un esfuerzo por limpiar la imagen del TC ante los cuestionables fallos que favorecen la impunidad en materia de corrupción y narcotráfico, los cuales han sido comentados en el presente balance.

IX.- Sentencias con serios problemas de motivación

9.1.- Caso Ley de Justicia Militar. STC. N° 00001-2009-PI/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. Se alegaba que dicha norma representaba una afectación de los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional en la medida en que estipulaba que los jueces que integraban los tribunales militares sean a su vez oficiales en actividad. Asimismo, se argumentaba que dicha norma contravenía la Constitución al establecer un régimen de nombramiento de jueces y fiscales en el ámbito de la justicia militar policial distinto al previsto por la Constitución, la cual encarga estas funciones al Consejo Nacional de la Magistratura (artículos 150° y 154° inciso 1).
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional, declaró infundada la demanda en la mayoría de sus extremos, aduciendo que la condición de oficial en actividad no era incompatible con la asunción de labores jurisdiccionales al interior de un tribunal militar ya que, a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello no suponía una vulneración de los principios de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Se justificó este cambio jurisprudencial señalando que se había producido un cambio en el contexto histórico, social y político y que la lectura de la Constitución debía adecuarse a tales cambios.

- **Cuestionamientos.**-Esta sentencia supone un cambio radical del Tribunal Constitucional en lo que respecta a una línea jurisprudencial mantenida desde el año 2004 y a lo largo de por lo menos nueve sentencias, incluyendo procesos de inconstitucionalidad y hábeas corpus⁹, en virtud de la cual se propugnaba la adecuación de los tribunales militares a estándares de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. De manera injustificada y, en base a citas sesgadas de jurisprudencia de la Corte Interamericana, conforme lo demuestra el voto en discordia del magistrado Landa Arroyo, se cambia de criterio respecto a los estándares constitucionales de la justicia militar y se convalida lo que antes era considerado inconstitucional (que los oficiales en actividad pueden ejercer la actividad jurisdiccional, que el Poder Ejecutivo puede designar a los jueces militares, que a nivel de la justicia militar puedan existir un Ministerio Público paralelo, etc.), vulnerando a su vez los estándares en materia de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional estatuidos por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Queda claro que esta sentencia responde a motivos políticos antes que jurídicos.

9.2.- Caso PUCP vs. Arzobispado. STC N° 03347-2009-PA/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) contra Walter Muñoz Cho, en su calidad de miembro de la Junta Administradora de la herencia de don José de la Riva Agüero y Osma, en virtud del cual se solicitaba que dicha junta administradora, de la cual formaba parte el arzobispo de Lima, se abstenga de intervenir en la administración de los bienes que la demandante había heredado de don José de la Riva Agüero y Osma, alegando que ello constituía una afectación de su derecho constitucional a la propiedad y a la autonomía universitaria. Cabe destacar que este proceso se enmarcaba en la controversia existente entre la universidad y el arzobispado de Lima respecto a la administración de los bienes dejados como herencia a la universidad por don José de la Riva Agüero, a raíz de la cual habían abiertos sendos procesos en sede jurisdiccional ordinaria en los cuales se discutía el sentido interpretativo de los testamentos de don José de la Riva Agüero, y respecto a la administración y gobierno de la propia PUCP.

- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional, en decisión dividida y con el voto de cuatro magistrados, declaró infundada la demanda, aduciendo que la intervención de la Junta Administradora se hallaba justificada por el mandato contenido en los testamentos de José de la Riva Agüero. Inclusive, se efectuaron apreciaciones valorativas sobre tales testamentos y se afirmó que la PUCP estaba obrando en contravención de lo establecido en los mismos.

- **Cuestionamientos.**-Esta sentencia adolece de varias irregularidades. Hay una clara extralimitación en lo que respecta a lo que es la materia del proceso constitucional de amparo. Al interior de este proceso lo que correspondía definir era si se había producido o no la vulneración del derecho fundamental invocado, el derecho de propiedad. Sin embargo, el TC va más allá de ello pues no solamente determina que no ha habido vulneración alguna sino que pone en tela de juicio la titularidad misma del derecho, emitiendo juicios de valor sobre los sentidos interpretativos de los testamentos de José de la Riva Agüero, cuestión que estaba siendo discutidas en la jurisdicción ordinaria, con lo cual hay una vulneración del artículo 139° inciso 2 de la Constitución, el cual prohíbe la avocación a causas judiciales pendientes. En otras palabras, el TC ingresa a ver el fondo de dicha controversia y hace las veces de juez civil, lo cual es escapa de su

⁹ Nos referimos a los siguientes casos: STC N° 0017-2003-AI (16 de marzo de 2004), STC N° 0023-2003-AI (09 de junio de 2004), STC N° 0004-2006-AI (17 de abril de 2006), STC N° 0006-2006-PI (13 de junio de 2006), STC N° 0012-2006-AI (15 de diciembre de 2006), STC N° 8353-2006-HC (09 de abril de 2007), STC N° 00005-2007-PI (26 de agosto de 2008), STC N° 01605-2006-PHC (30 de junio de 2008) y STC N° 01524-2007-PHC (09 de diciembre de 2008).

competencia, violando el principio restitutorio, en virtud de cual el TC solo debe llegar hasta lograr la restitución del derecho afectado, pero no más allá.

De otro lado, el análisis de los testamentos fue arbitrario y se alejó de la voluntad de Riva-Agüero en diversos aspectos. Por ejemplo, dejó de lado el de 1933 sosteniendo que el testamento posterior deroga al anterior –asumiendo la postura del Arzobispado–, pese a que el testador había declarado que el testamento de 1938 no derogaba al de 1933 sino que lo ampliaba y que esto era conforme al Código Civil de 1936 (artículo 748). De esta manera se plegó a la postura del Arzobispado pues el testamento de 1938 es el único que menciona la expresión "junta perpetua", pero su interpretación aislada se contrapone a lo planteado por Riva-Agüero.

9.3.- Caso acumulación subjetiva. STC N° 00055-2008-AA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por Consorcio Minero S.A., la cual solicitaba que fueran declaradas nulas sendas resoluciones judiciales dictadas en el marco de un proceso de indemnización por daños y perjuicios seguido en su contra por trescientos pobladores del Asentamiento Humano Puerto Nuevo, en virtud de las cuales se denegaba la solicitud del demandante para que se rechazara la acumulación subjetiva de pretensiones en dicho caso.

- **Decisión del TC.-** El TC declaró fundada la demanda argumentando que se había vulnerado el derecho al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia, declaró nulas las resoluciones expedidas por la Sala Mixta Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao impugnadas por el demandante.

- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia resulta altamente cuestionable en la medida en que se trata de un amparo contra resoluciones judiciales en la cual la fundamentación del Tribunal Constitucional, antes que encontrarse referida a la afectación de derechos fundamentales, se encuentra circunscrita a debatir un incidente procesal al interior de un proceso ordinario, la acumulación subjetiva de pretensiones, materia que corresponde ser dilucidada al interior de dicho proceso. Se desconoce el objeto propio de un proceso constitucional de amparo ya que el mismo no debe ser utilizado como instancia adicional a las instancias de un proceso ordinario, pues la finalidad del mismo no es la revisión de lo decidido en los procesos ordinarios sino la tutela de derechos constitucionales. En ese sentido, al TC le correspondía declarar improcedente la demanda.

9.4.- Caso Pomalca. STC N° 579-2008-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por César Augusto Becerra Leiva con el objeto de cuestionar las resoluciones expedidas por el Primer Juzgado Civil de Chiclayo y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, dictadas en el marco del proceso de cumplimiento de contrato e indemnización que venía siguiendo contra la Empresa Agroindustrial Pomalca S.A. Alegaba que dichas resoluciones constituían una afectación a su derecho a la tutela procesal efectiva pues en virtud de ellas se suspendía la medida de secuestro conservativo dictada a su favor sobre la producción de azúcar de la empresa demandada por la suma de S/. 1 300 000.00. Dichas resoluciones habían sido dictadas en aplicación de la Ley N° 28027, la cual establecía un marco de protección patrimonial a favor de las empresas azucareras. Dicha ley era inconstitucional a criterio del demandante pues retardaba la ejecución de sentencia con valor de cosa juzgada, contraviniendo el artículo 139° inciso 2) de la Constitución.

Las dos primeras instancias determinaron que la demanda era improcedente pues las resoluciones cuestionadas habían sido dictadas al amparo de una norma legal.

- **Decisión del TC.**- El Tribunal Constitucional, en decisión dividida y con el voto de cuatro magistrados, declaró infundada la demanda aduciendo que la cuestionada Ley N° 28027 superaba el test de proporcionalidad ya que se trataba de una medida idónea, necesaria y proporcional para la reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria.
- **Cuestionamientos.**- Esta sentencia carece de una adecuada motivación en la medida en que el test de proporcionalidad sobre el cual el TC basa su decisión ha sido mal aplicado en el presente caso en sus tres subniveles, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La Ley N° 28027 no representa una medida idónea para el fin perseguido, la reactivación económica de las empresas azucareras en las cuales el Estado tiene participación accionaria, pues a pesar de haber transcurrido seis años de vigencia de este régimen de protección patrimonial tal reactivación no se ha producido, con lo cual se promueve la continuación indefinida de un régimen que afecta gravemente el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; ni una medida necesaria, pues no se plantean mecanismos alternativos para la consecución del fin perseguido y se opta por la medida más gravosa; ni mucho menos una medida proporcional, ya que se trata de una medida que anula prácticamente el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y que constituya un beneficio desmedido y desproporcionado a favor de las empresas azucareras en las cuales el Estado tiene participación accionaria.

9.5.- Caso CODISA. STC N° 05311-2007-PA/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso constitucional iniciado por la Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú, con el objeto de cuestionar un laudo arbitral en su contra, el cual le ordenaba pagar la suma de US\$ 36 000 000.00 por concepto de penalidad. Alegaba que dicho laudo había sido dictado en contravención de sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que de manera previa al proceso arbitral no se había dado lugar a la negociación estipulada en el convenio arbitral.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional, en votación dividida y en resolución conformada por los votos singulares de tres magistrados (Beaumont, Mesía y Eto), declaró fundada la demanda, ordenando la realización de un nuevo procedimiento de arbitraje y la determinación preliminar del sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral.
- **Cuestionamientos.**-Esta sentencia presenta tanto problemas de forma como de fondo. De un lado, hay un problema de forma en la manera en como es presentada la resolución del caso pues se evidencia nuevamente la falta de colegialidad del Tribunal al no existir una resolución que exprese los fundamentos de la decisión sino una sumatoria de votos particulares. De otro lado, el TC extralimita los alcances del amparo arbitral al entrar a pronunciarse sobre los medios probatorios que fueron objeto de actuación en el proceso arbitral, entrando a precisar que para la resolución de la controversia debían actuarse por lo menos tres pericias. Se desconoce que el amparo arbitral tiene por objeto la tutela de derechos fundamentales en el marco del proceso arbitral y que solamente corresponde acudir a él una vez agotadas las vías previas, de modo tal que no puede ser considerado como una instancia de apelación de la controversia arbitral.

X.- Sentencias que afectan derechos fundamentales

10.1.- Caso sobre la píldora del día siguiente. STC N° 02005-2009-AA/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso constitucional de amparo incoado por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, a través del cual se solicitaba que dicha dependencia estatal se abstenga de iniciar la distribución la denominada “píldora del día siguiente” como método anticonceptivo, alegando que con ello se vulneraba en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, con el voto de cinco magistrados, declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “píldora del día siguiente”, aduciendo que existían dudas razonables respecto a la producción de efectos abortivos por parte de este medicamento y que, por aplicación del principio precautorio, debían prevenirse los daños que podrían estar siendo ocasionados por la citada píldora.
- **Cuestionamientos.-** La principal crítica es que el TC en esta sentencia utiliza como referencia científica una fuente doctrinaria eclesiástica y no los documentos e investigaciones de la Organización Mundial de la Salud, que es el ente internacional especialista en estos temas. Asimismo, resulta cuestionable que el TC no tome en cuenta las consecuencias de su decisión, ya que ésta generó una discriminación en perjuicio de la gente de escasos recursos, impidiendo que ellas tengan acceso a la píldora mediante el Ministerio de Salud, vulnerando de esta manera el derecho a la igualdad, toda vez que esta puede ser adquirida en las farmacias por la gente que tiene recursos económicos. Finalmente, esta sentencia es un cambio de jurisprudencia que no es explicado adecuadamente por el TC, pues en la STC N° 07435-2006-PC este órgano constitucional había ordenado al Ministerio de Salud garantizar la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia. Inclusive, dos de los magistrados, Vergara y Mesía, que habían suscrito esa misma sentencia, terminan también por suscribir la sentencia bajo comentario. Ello supone una afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad y al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

10.2.- Caso Alberto Químper Herrera. STC N° 00655-2010-HC

- **Contexto.-** Se trata del hábeas corpus presentado a favor de Alberto Químper Herrera, contra el Poder Judicial. Este solicitó que se declare nulo el auto de apertura de instrucción y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. El demandante alegó que el auto de apertura cuestionado violaba el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Este se presentaba como un caso especialmente dedicado en la medida en que el pronunciamiento del TC tendría incidencia en el proceso penal abierto con motivo del escándalo de corrupción desatado a partir de la exposición pública de los “petroaudios”, los cuales justamente tenían como protagonista al demandante.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda, afirmando, entre otros considerandos, que al interior de un proceso penal no podían ser validados como medios probatorios aquellas fuentes o medios de prueba que habían sido obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y que los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida

por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

- **Cuestionamientos.**-Este es un caso de evidente criminalización penal de la difusión de información de relevancia pública obtenida mediante ilegal interceptación telefónica a altos funcionarios públicos, que felizmente fue rectificadas. Lo cuestionable es que el TC sostiene que debe sancionarse al periodista que difunde información de relevancia pública obtenida mediante ilegal interceptación telefónica a altos funcionarios públicos. Es criticable que no se distingue entre la conducta criminal del que intercepta conversaciones telefónicas ajenas, y la conducta del periodista, que sin conocer la fuente, y luego de verificar la veracidad de la información, difunde el contenido de estas conversaciones, fundamentalmente en razón que la información esté referida a casos de relevancia pública, como casos de grave corrupción. Como es previsible, se trata de una sentencia peligrosa, pues maniatada y recorta sustantivamente la libertad de información contenido en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución, indispensable en una sociedad democrática.

Otra crítica al TC en esta sentencia, es que no distingue entre información privada e información de naturaleza pública. No diferencia entre información de naturaleza privada e íntima, absolutamente ajenas a la cosa pública, de lo que pueden ser conversaciones donde se vierte información de relevancia y de interés público para todos los peruanos. En el presente caso, no se trataba de una conversación privada sobre la vida íntima del procesado, sino de un caso donde quedaba en evidencia actos de grave corrupción en la adjudicación de lotes petroleros. La consecuencia de la cuestionable opción interpretativa, es que deja en la indefensión el derecho de los periodistas a difundir información y el derecho de todos los ciudadanos a recibir información. Se tratan de derechos constitucionales importantes y fundamentales que también deben ser protegidos. En efecto, el TC desconoce que sin libertades comunicativas no existe Estado democrático. Las libertades comunicativas, según se expresa en la STC N° 1797-2002-HD, “se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esta perspectiva, ambas libertades tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia” (FJ 9).

10.3.- Caso convalidación del CAS. STC N° 00002-2010-PI/TC

- **Contexto.**-Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, en virtud del cual se regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) como un régimen laboral especial para los trabajadores del sector público que venía a reemplazar a aquellos contratos por servicios no personales. Se alegaba que dicho régimen constituía una afectación del principio-derecho de igualdad toda vez que se otorgaban menos beneficios y derechos, sobre todo en lo que respecta a las remuneraciones y a las vacaciones, para los trabajadores incluidos en este régimen que a los trabajadores del régimen laboral público ordinario a pesar de que ambos desempeñaban las mismas labores. Asimismo, este régimen tampoco concedía una protección adecuada frente al despido arbitrario pues se trataba de contratos de naturaleza temporal cuya continuación estaba sujeto a la voluntad del empleador.
- **Decisión del TC.**- El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y convalidó la constitucionalidad de este régimen contractual, considerando que se trata de un régimen laboral que coexiste con los regímenes generales existentes. Asimismo, afirmó que dicho régimen contractual no afectaba derechos fundamentales de contenido laboral ya que los mismos correspondían ser desarrollados por regulación dada por la autoridad administrativa.

- **Cuestionamientos.-** El TC convalidó el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1057, a pesar que es un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público que no resulta compatible con el marco constitucional. Como sabemos los contratados por CAS carecían de los 30 días de vacaciones que establece la ley, debían laborar jornadas mayores de 8 horas diarias y no recibían los dos aguinaldos anuales, el empleador tenía la potestad de renovar o no el contrato. En definitiva es un contrato discriminatorio respecto de otros regímenes laborales del estado, al prever menos derechos laborales como vacaciones completas, jornadas de 8 horas diarias o 48 semanales, descanso pre y post natal, derechos a la CTS, a las gratificaciones y otros beneficios sociales, derecho a la sindicalización y a la huelga y, el acceso a la protección de la seguridad social, pues se establecía topes para cubrir sus contingencias. Todo esto a pesar de que la Constitución señala que todos somos iguales ante la ley.

Esta irregular “constitucionalización” de este régimen contractual ha derivado en una línea jurisprudencial de desprotección de los derechos laborales en la medida en que aquellas demandas vinculadas con despidos arbitrarios producidos en el contexto de dicho régimen vienen siendo declaradas infundadas de manera sistemática, alegando, entre otras consideraciones, que bajo ese marco legal, el Decreto Legislativo N° 1057, se encuentra previsto que la relación laboral sea a plazo determinado. Tal ha sido el criterio empleado en las sentencias recaídas en los Exps. N° 04258-2011-AA, 04266-2011-AA, y 04405-2011-AA.

XI.- Sentencias que han desprotegido derechos de los pueblos indígenas

11.1.- Caso AIDSESEP I sobre consulta de pueblos en aislamiento voluntario. STC N° 06316-2008-PA/TC

- **Contexto.-** Se trata de un proceso de amparo por violación de la consulta previa por una medida administrativa. Con fecha 10 de julio del 2007 la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP) presentó una demanda contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF. Sostuvo que a través de un conjunto de contratos de licencia celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante decretos supremos de fecha 1999 y 1995, se estaban vulnerando un conjunto de derechos como la vida, la salud, el bienestar, la integridad cultural, la identidad étnica, el ambiente equilibrado, la propiedad y la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”.

Los accionantes solicitaban que el Ministerio de Energía y Minas prohibiera u ordenara la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, y que se ordenara a PERUPETRO S.A. que efectuara la modificación de los contratos de licencia respectivos, y que se ordene a las empresas BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL YPF abstenerse de operar en las zonas aludidas, así como de hacer contacto con estos pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Finalmente, agrega que se ha violado el derecho a la consulta y que AIDSESEP debió de haber sido consultado en representación de las comunidades en aislamiento voluntario.

- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda considerando que no se había acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada cuyos derechos fundamentales se estarían viendo afectados, sin perjuicio de reconocer el derecho

inalienable de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT.

- **Cuestionamientos.-** Se trata de una sentencia que constituye un retroceso en materia de derechos de los pueblos indígenas. Se olvida por completo que la tarea de identificar a estos pueblos correspondía según ley al propio Estado. No le correspondía a Aidesep identificar a los pueblos en aislamiento voluntario. En definitiva, el TC tenía otras opciones interpretativas¹⁰. Hay otros retrocesos cuando se señala, por ejemplo, que la seguridad jurídica está por encima de los derechos de los pueblos indígenas y cuando no se reconoce la seguridad jurídica de los pueblos indígenas. Estamos en realidad ante una sentencia realmente poco consistente. En síntesis, se protege únicamente la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas y no la de los pueblos indígenas. Los derechos fundamentales deben ser respetados en forma plena y no gradualmente. Se restringe la aplicación temporal del derecho a la consulta al señalar que este es exigible con posterioridad a la STC N° 06316-2008-AA cuando este es un derecho cuya vigencia se remonta a la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado peruano en 1995. La consulta previa es responsabilidad del Estado y no de las empresas. Otro tema criticable en esta sentencia es cuando sostiene que la consulta es exigible desde la expedición de esta sentencia, a pesar que el Convenio 169 de la OIT entro en vigencia en febrero del año 1995.

11.2.- Caso sentencia aclaratoria. STC N° 06316-2009-PA Aclaración

- **Contexto.-** Se trata del pedido de aclaración planteado por AIDSESEP en relación a la sentencia recaída en el Exp. N° 06316-2009-PA, la cual fue comentada en el acápite anterior. Los demandantes solicitaban que el TC aclarase los fundamentos 26, 27 y 28 de la sentencia ya que se estaría limitando la consulta sólo al acto previo de concesión, y no a los demás actos desarrollados posteriormente que pudiere aprobar el Ministerio de Energía y Minas.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la consulta previa no es exigible desde el año 1995, año en el cual el Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT que reconocía este derecho, sino desde la fecha en que se expidió la STC N° 00022-2009-PI, es decir, desde el 09 de junio del 2010.
- **Cuestionamientos.-** Con esta resolución el TC da marcha atrás en su jurisprudencia y desconoce que el derecho a la consulta previa se encuentra vigente y es exigible desde que se ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1995, habiendo señalado inclusive el propio TC que los derechos son exigibles y vinculantes incluso si estos no han sido desarrollados legislativamente. Estamos ante una resolución incompatible con principios constitucionales, con su propia jurisprudencia, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y con el propio Código Procesal Constitucional, etc.

Varios son los cuestionamientos que podemos hacer en definitiva: a) En primer lugar, el recurso de aclaración está establecido para aclarar puntos oscuros en la sentencia, en tal virtud, no puede ser

¹⁰ Artículo 3.a de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (Ley No 28736), “Se reconoce a un grupo humano la categoría de Pueblo Indígena en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial mediante decreto supremo, el mismo que para su validez requiere de un estudio previo realizado por una Comisión Multisectorial presidida por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA e integrada por la Defensoría del Pueblo, el gobierno regional y local que corresponda, dos representantes de las Facultades de Antropología de las universidades peruanas, uno de las públicas y otro de las privadas, y por los demás que establezca el reglamento de la presente Ley. Dicho estudio debe contener medios probatorios de la existencia del grupo o grupos humanos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, su identificación, así como la indicación de la magnitud de su población y las tierras en las que habitan”.

empleado para cambiar el pronunciamiento del TC; b) El recurso de aclaración viola la garantía de la cosa juzgada al valerse de forma irregular de un recurso de aclaración para establecer una nueva regla que no había sido fijada antes; c) Un recurso de aclaración no puede cambiar la jurisprudencia reiterada del TC en materia de vigencia del Convenio 169 de la OIT¹¹; d) El TC convalida y blindo actos administrativos no consultados que antes declaró nulos; e) El TC contradice abiertamente su propia jurisprudencia en materia de vigencia de las normas constitucionales incluso cuando no han sido desarrolladas legislativamente; f) Al no motivar adecuadamente la contradicción de su anterior pronunciamiento, se viola la obligación de motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad; g) El recurso de aclaración no puede ser utilizado para pronunciarse en un extremo sobre otro proceso constitucional; h) El TC a través del recurso de aclaración no puede cambiar la fecha de la entrada en vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos establecida en la Constitución¹²; i) El recurso de aclaración es incompatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH que admite la posibilidad de revisar actos administrativos no consultados con los pueblos indígenas¹³; j) El recurso de aclaración es incompatible con lo recomendado por el Comité de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones¹⁴ (CEACR) y contrario a lo establecido por la jurisprudencia constitucional comparada más autorizada, k) El TC incurre en “*fraude a la Constitución*” y viola el “*principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales*”¹⁵, al intentar sostener que el Convenio 169 de la OIT, y el derecho a la consulta es específico, no han sido vigentes desde 1995 hasta junio del año 2010; l) En definitiva, el TC ha asumido funciones que no le corresponde.

11.3.- Caso contra la omisión de consulta del DL 1079. STC N° 00023-2009-PI/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más de 5000 ciudadanos, liderados por el Apu Gonzalo Tuanama Tuanama, contra el Decreto Legislativo N° 1079, en virtud del cual se establecían medidas que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. Se refiere a una norma que es parte del paquete de decretos legislativos que fueron aprobados en el marco de la implementación del TCL con USA. Los demandantes refieren que, “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue legislada y promulgada sin hacer ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT.

¹¹ El TC ha manifestado reiteras veces que el Convenio 169 de la OIT está vigente desde el año 1995. No lo ha dicho en un solo pronunciamiento, lo ha dicho en varios (f.j. 11 y 41 de la 00022-2009-PI/TC y f.j. 43 de la 05427-2009-AC/TC). Es más lo dice en la propia resolución de aclaración. “este Tribunal explicó que el Convenio 169 fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995” (f.j. 7 de la 06316-2008-AA Aclaración).

¹² Ello violando los artículos 56 y 57 de la Constitución, que señalan en forma clara e inequívoca que los tratados internacionales de derechos humanos entran en vigencia desde su ratificación. De igual forma, viola el artículo 38 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹³ En efecto, la sentencia de la Corte IDH (vinculante en nuestro ordenamiento) sobre el Caso Saramaka, en el párrafo 196 letra a, permite la revisión de concesiones otorgadas por el Estado en tiempos anteriores: “Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka”.

¹⁴ En su informe del año 2010, recomendó al Estado Peruano “suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio”.

¹⁵ No se trata de principios extraídos de la doctrina comparada, sino que estamos ante principios desarrollados por el propio TC (f.j. 15 y 16 de la sentencia recaída en 05427-2009-AC). El TC no puede suspender la vigencia del ordenamiento constitucional, ello implica un grave quebrantamiento al orden constitucional.

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que las normas contenidas en el decreto legislativo cuestionada no afectaban de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas.
- **Cuestionamientos.-** Se trata de una sentencia que desconoce abiertamente los derechos de los pueblos indígenas por cuanto las normas contenidas en el mencionado decreto legislativo si bien es general (no está dirigido a pueblos indígenas específica y exclusivamente), tiene un impacto y un efecto directo, condición suficiente según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para ser exigible el proceso de consulta previa. Esta regla fue establecida por el propio TC (STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 21 y sgts) siendo esta sentencia desconocida. Estamos nuevamente ante otra sentencia que expresa un retroceso en lo que concierne a los derechos de los pueblos indígenas.

11.4.- Caso contra la omisión de consulta de la Ley 29338. STC N° 00025-2009-PI/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por 8 099 ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. Se alegaba que se trataba de una medida legislativa que no había sido consultada previamente a los pueblos indígenas a pesar de contener disposiciones que los afectaban directamente. Señalaban que la ley no establecía mecanismos por los cuales las comunidades campesinas y nativas pudieran desarrollarse y mejorar su economía, poniendo en grave riesgo su supervivencia.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que no había afectación directa a los pueblos indígenas por parte de la medida legislativa impugnada ya que esta era una norma de carácter general.
- **Cuestionamientos.-** Al igual que en el caso anterior, la posición adoptada por el TC en este caso es incompatible y contradictoria con su propia regla (STC 00022-2009-PI/TC, f.j. 21 y sgts), que señala que las normas generales serán consultadas cuando afecten directamente a los pueblos indígenas. Si bien la Ley de Recursos Hídricos es general, sí afecta a los pueblos indígenas de forma directa y específica. El agua es un recurso natural fundamental para los pueblos indígenas y que, junto con la tierra, permiten su existencia, su sobrevivencia así como su reproducción. En la selva, los ríos no sólo son un recurso natural parte del hábitat, los ríos son fuente de alimentación y de recursos para su subsistencia, incluso tienen un valor cultural religioso para los pueblos indígenas de la sierra y de la selva. De igual manera, en la sierra, el agua es fundamental para las actividades agropecuarias, incluso es una deidad a la que se le brinda veneración. No en vano son el primer recurso que se contamina cuando se realizan actividades de explotación de recursos mineros o petroleros. El agua en tanto recurso natural es tan o más importante que los recursos forestales, y sin embargo, la Ley Forestal fue objeto de un pseudo proceso de consulta por la Comisión Agraria del Congreso y la ley de recursos hídricos no.

La otra crítica es que según el TC sólo procede la consulta cuando se violan derechos colectivos, pero no cuando se violan derechos individuales de los pueblos indígenas (00025-2009-PI, f.j. 28). (Subrayado nuestro). Esta tesis de solo consultar la afectación de los derechos colectivos no estaba en la sentencia 00022-2009-PI (ver por ejemplo el fundamento 19). Tampoco el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a la sola afectación de los derechos colectivos. Según el art. 6.1.a del mencionado Convenio, los gobiernos deberán, “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Para el Convenio, el criterio es la afectación directa a los pueblos indígenas y punto.

11.5.- Caso contra la omisión de consulta del DL 1020. STC N° 00027-2009-PI/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por 8 307 ciudadanos, liderados por el Apu Gonzalo Tuanama Tuanama, contra el Decreto Legislativo N° 1020, en virtud del cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario. Se alegaba que se trataba de una medida legislativa que no había sido consultada previamente a los pueblos indígenas a pesar de tratarse de una medida que los afecta directamente.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que la norma impugnada no afectaba directamente a los pueblos indígenas pues se encontraba circunscrita a la regulación del crédito agrario, operación vinculada al sistema financiero.
- **Cuestionamientos.-** Esta sentencia presenta los mismos problemas que las sentencias anteriores, pues se utiliza nuevamente el argumento de la no incidencia sobre los pueblos indígenas para no entrar a analizar el fondo del asunto. En este caso también discrepamos con el TC puesto que el crédito agrario sí es una materia que tiene incidencia en la actividad económica de los pueblos indígenas, sobre todo si se tiene en cuenta que estos desarrollan la actividad agrícola en sus tierras de manera colectiva. Se incumple aquí también la regla establecida por el TC que las normas generales que afectan directamente a los pueblos indígenas deben ser consultadas.

11.6.- Caso Conga. STC N° 0001-2012-PI

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, en virtud de la cual se declaraba inviable la ejecución del proyecto minero “Conga” aduciendo el interés público regional en la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca de toda la región. A criterio del demandante, dicha ordenanza contravenía el marco de competencias establecido en la Constitución toda vez que el Gobierno Regional de Cajamarca había invadido competencias propias del Poder Ejecutivo, a quien corresponde la política gubernamental del sector minero y determinar la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura. Cabe tener en cuenta, además, que esta demanda fue presentada en un contexto de especial tensión entre las industrias extractivas y las poblaciones afectadas por estas actividades, siendo el conflicto social desatado a raíz del proyecto minero Conga el más representativo en esta materia. En este proyecto se presenta, de un lado, la posibilidad de una gran inversión económica en beneficio del país; y, de otro lado, una afectación al medio ambiente de gran intensidad (desaparición de 4 lagunas y alteración sustantiva e irreversible de ecosistemas frágiles). En este sentido, este caso representaba una especial oportunidad para el Tribunal Constitucional para sentar estándares en torno a los derechos constitucionales involucrados en esta problemática, como es el caso del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda e inconstitucional la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ-CR, considerando que, si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de la minería, las normas interpuestas, tales como la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, las competencias en materia de minería son compartidas, correspondiéndole al Gobierno Nacional el otorgamiento de la concesión de la gran minería así como de la mediana minería, lo que implica la determinación de la viabilidad de proyectos mineros de gran envergadura, como es el caso del proyecto Conga.

- **Cuestionamientos.**- Es cierto que esta sentencia desarrolla conceptos interesantes, tales como el establecimiento de los requisitos a considerar para que la inversión privada pueda tener protección constitucional y el principio de coparticipación de la riqueza. Sin embargo, se trata finalmente de una sentencia retórica que opta por una declaración de inconstitucionalidad formal y que omite pronunciarse sobre los derechos constitucionales en juego en este caso, principalmente en lo que respecta al contenido esencial del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, reconocido en el artículo 2º inciso 22 de la Constitución. El Tribunal Constitucional estaba en condiciones de pronunciarse en torno a este punto en atención a principios procesales, tales como el de elasticidad o el de *iura novit curia*, y a la dimensión subjetiva del proceso de inconstitucionalidad. Creemos que esta era su responsabilidad en atención a la función pacificadora y ordenadora propia de un Tribunal Constitucional.

VI. Las sentencias del TC destacadas

I.- Sentencias que protegen los derechos de los pueblos indígenas

1.1.- Caso de violación del Convenio 169 por omisión legislativa. STC N° 05427-2009-PC/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso de cumplimiento iniciado por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) contra el Ministerio de Energía y Minas con el objeto de dar cumplimiento al Convenio N° 169 de la OIT. La demandante solicitaba la adecuación de las normas, reglamentos y directivas del sector a dicha norma internacional, particularmente en los temas relativos al derecho de consulta, territorios de los pueblos indígenas y recursos naturales. Tras ser rechazada liminarmente en las dos primeras instancias, aduciendo que el proceso constitucional de cumplimiento no era la vía idónea para lo solicitado toda vez que el cumplimiento de la norma internacional en cuestión hacía necesaria su verificación o confrontación con otras normas, el caso pasó a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Energía y Minas emitir un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Con esta sentencia el TC da un redimensionamiento al proceso constitucional de cumplimiento, al señalar que este no solamente es la vía idónea para reclamar el cumplimiento de normas de rango legal o la ejecución de actos administrativos, sino que también es una vía pertinente para reclamar el cumplimiento de normas constitucionales, de conformidad con el principio de fuerza normativa de la Constitución, específicamente en aquellos supuestos en los cuales se evidencia una inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador.
- **Comentarios.**-Se trata de una sentencia muy buena y consistente, que tiene un rico y bien fundamentado desarrollo constitucional, y que tiene una relación de continuidad con la sentencia 00022-2009-PI/TC. Además se trata de una sentencia consistente que redimensiona y que da un nuevo contenido al proceso constitucional de cumplimiento, el cual de ahora en adelante servirá también para exigir el cumplimiento de normas de rango constitucional. El problema es que estamos ante una sentencia es que de naturaleza exhortativa. Esta es la única sentencia estimatoria de todos los procesos que han llegado al Tribunal Constitucional, referidos a derechos de pueblos indígenas¹⁶.

¹⁶ Ver nuestro artículo “Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?”. Ver en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>.

1.2.- Caso consulta previa de pueblos indígenas. STC N° 00022-2009-PI

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada el 01 de julio de 2009 por más de 5 000 ciudadanos, liderados por el Apu Gonzalo Tuanama Tuanama de la etnia Awajún del departamento de San Martín, contra el Decreto Legislativo N° 1089, el cual establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Este decreto había sido expedido en el marco de la delegación de facultades que el Congreso había otorgado al Ejecutivo para la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos. Los demandantes alegaban que dicha medida legislativa era inconstitucional al no haber sido previamente consultada a los pueblos indígenas.
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional, tras realizar un amplio desarrollo de los alcances del derecho a la consulta previa, así como los principios y características que le son inherentes (buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación previa del proceso de consulta) y las etapas que comprende el proceso de consulta, emitió una sentencia interpretativa declarando infundada la demanda interpretando que la norma cuestionada no resultaba aplicable a los pueblos indígenas toda vez que el Decreto Supremo N° 032-2008-VIVIENDA que la reglamenta, señalaba expresamente en su artículo 3° numeral 1 que los pueblos indígenas se encontraban excluidos del ámbito de aplicación de la norma cuestionada.
- **Comentarios.-**Se trata de una sentencia extraña pues su *ratio decidendi* nada tiene que ver con su fallo. En efecto, si uno la lee, uno podrá encontrar un amplio desarrollo de los alcances de la consulta previa, principios, características, etapas, criterios, etc. Sin embargo, en la última página, luego de reconocer la fuerza vinculante del derecho a la consulta, opta por una sentencia interpretativa. Es decir, dice que el decreto legislativo cuestionado no se aplica a las comunidades nativas porque no fue consultado por ellos, y la razón que aduce es porque en el reglamento del mencionado decreto legislativo, hay una cláusula expresa que señala que esta norma, que regulaba de forma general el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, no es de aplicación a las mencionadas comunidades. De esta manera se busca salvar esta norma. No es la única crítica. Hay otras por ejemplo, cuando se dice que no existe la obligación del obtener el consentimiento en ninguna circunstancia. Sin embargo, a pesar de ello consideramos que es una sentencia destacada, no solo porque desarrollo el derecho a la consulta sino otros derechos de los pueblos indígenas.

II.- Sentencias que favorecen la sanción de crímenes contra los derechos humanos

2.1.- Hábeas Corpus de Fujimori. STC N° 4235-2010-PHC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por César Nakazaki Servigón a favor de Alberto Fujimori Fujimori en contra de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fujimori, condenado a 25 años de pena privativa de libertad por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Barrios Altos y La Cantuta, pretendía cuestionar la resolución judicial en virtud de la cual se rechazaba la recusación que había interpuesto contra los vocales supremos que habían confirmado su sentencia condenatoria. Alegaba que se había producido una vulneración del derecho a la pluralidad de instancia, puesto que no se le permitió acceder a una segunda instancia para discutir la recusación planteada, y del derecho a la igualdad, pues la Corte Suprema si había reconocido la segunda instancia en casos similares.
- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que no se había producido una vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sobre el derecho a

la pluralidad de instancia señaló que, al no haber normativa que regulara la doble instancia en el caso de la recusación de los vocales supremos, y al no haber normativa alguna que puede aplicársele supletoriamente, era la Corte Suprema la más indicada para aplicar interpretativamente la solución a este problema. Sobre el derecho a la igualdad, precisó que la supuesta discriminación alegada por el demandante no era tal en la medida en que los casos ofrecidos como términos de comparación no eran sustancialmente idénticos el suyo.

- **Comentarios.**-Esta sentencia es interesante, en cuanto contribuye al desarrollo constitucional del derecho a la pluralidad de instancia y en cuanto representa una muestra importante por parte del TC frente a las presiones mediáticas en su contra, dada la coyuntura electoral planteada por el hecho de que la hija del demandante se encontraba postulando a la Presidencia de la República, las cuales no deben de interferir con la independencia de un órgano tan trascendental dentro del Estado Constitucional de Derecho que rige nuestro país.

2.2.- Caso Castillo Páez. STC N° 02666-2010-PHC/TC

- **Contexto.**-Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por Juan Carlos Mejía León contra los vocales integrantes de la Sala Penal Nacional con el objeto de impugnar la resolución judicial en virtud de la cual fue condenado a 16 años de prisión por la comisión del delito de desaparición forzada en agravio de Ernesto Castillo Páez. Cabe precisar que justamente fue el caso de Ernesto Castillo Páez el primero de los 47 casos que presentó la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) y el primero en culminar en una sentencia judicial sobre el delito de desaparición forzada¹⁷. El demandante alegaba que se habían vulnerado sus derechos constitucionales al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la libertad individual.

- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que no se había acreditado la vulneración de los derechos a la libertad personal, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al debido proceso, al juez imparcial y de los principios de legalidad penal y de irretroactividad de la ley penal.

- **Comentarios.**-La desaparición forzada es un delito que implica una grave violación de los derechos humanos y que, como tal, resulta imprescriptible. Sin embargo, en la medida en que se trata de un delito que implica la desaparición de los cuerpos de las personas, resulta un delito cuya probanza es especialmente difícil por cuanto son justamente los cuerpos de las víctimas los que tradicionalmente son considerados como evidencias del crimen. En ese sentido, la presente sentencia del TC coadyuva a la lucha contra la impunidad en esta materia al delimitar correctamente los alcances del proceso constitucional de hábeas corpus, señalando que las cuestiones probatorias corresponden ser dilucidadas al interior del proceso ordinario, e impedir que este proceso constitucional devenga en una herramienta de impunidad para aquellas personas que resulten responsables de graves violaciones de derechos humanos.

2.3.- Caso desarrollo de los requisitos para la aplicación de los delitos de lesa humanidad. Exp. N° 00024-2010-PI/TC¹⁸.

- **Contexto.**- Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el 25% del número legal de congresistas en contra del Decreto Legislativo N° 1097, en virtud del cual se establecían determinadas reglas procesales penales respecto de delitos que implicaban graves violaciones a los

¹⁷ Ver: <http://www.larepublica.pe/node/76084/comentario>

¹⁸ Juan Carlos Portugal, Sentencia del TC: los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Revisar en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=504>.

derechos humanos. Entre tales reglas figuraban las siguientes: i) Posibilidad de que, en caso el imputado sea personal militar o policial, quede bajo custodia de la institución a la que pertenece, con la consecuente variación del mandato de detención a comparecencia restringida (artículo 3°); ii) Posibilidad de imponer caución económica para variar la orden de detención para aquellos reos ausentes o contumaces que, siendo personal militar o policial expresen su voluntad de ponerse a derecho (artículo 4°); y iii) Sobreseimiento por exceso de plazo en cualquier etapa del proceso penal para aquellos procesados militares o policías (artículo 6°). Se argumentaba que tales medidas constituía una vulneración del principio-derecho de igualdad y una concesión de impunidad para aquellos militares o policías involucrados en violaciones a derechos humanos.

- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y dispuso la expulsión de determinadas disposiciones de esta norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, concretamente las que suponían una vulneración del principio-derecho de igualdad, tales como el sometimiento del personal militar y policial involucrado en graves violaciones a derechos humanos al cuidado de de sus propias instituciones así como el sobreseimiento judicial en aquellos casos en los que haya habido un incumplimiento en el plazo legal de la instrucción. Asimismo, en esta sentencia se señala expresamente el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad como norma de ius cogens derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con plena eficacia en nuestra normativa interna.
- **Comentarios.-** Consideramos de particular importancia esta sentencia porque pareciera significar una reconciliación del TC con su propia jurisprudencia en materia de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y el reconocimiento estatal a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Destacan especialmente el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, independientemente del momento en el que hayan ocurrido, y la utilización del test de proporcionalidad para descartar cualquier intento de utilizar indebidamente mecanismos o recursos procesales con el fin de lograr la impunidad, abogando por la optimización del derecho a la verdad.

III. Sentencias que protegen derechos sociales

3.1.- Caso libre desafiliación de las AFP. STC N° 00014-2007-AI/TC

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más del 25% del número legal de congresistas contra la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada. Los demandantes consideraban que dicha norma resultaba incompatible con los derechos fundamentales a la libre elección del sistema pensionario, a la igualdad ante la ley, a la libertad de información, a la intangibilidad de fondos y reservas de la seguridad social y a la propiedad. Cabe resaltar que la norma cuestionada suponía la respuesta por parte del Congreso a la exhortación del TC, realizada en la STC N° 1776-2004-AA, para que se regulasen los criterios para el traslado de las personas del Sistema Privado de Pensiones (SPP) al Sistema Nacional de Pensiones (SNP).
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda e inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones. En consecuencia, señaló que debía interpretarse como causal de desafiliación del Sistema Privado de Pensiones dicho supuesto. Asimismo, precisó que, tratándose de una violación constitucional continuada, no opera ningún plazo prescriptorio para solicitar la nulidad del acto de afiliación en los supuestos de indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

- **Comentarios.**-Esta sentencia constituye un importante avance no solamente por la interpretación que se hace a los alcances del derecho de seguridad social, incluyendo como causal para la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información, sino también por el ejercicio del control constitucional ante una omisión por parte del legislador que vulnera la Constitución.

3.2.- Caso ONP. STC N° 05561-2007-PA/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en virtud del cual se solicitaba que fuera declarada inaplicable la sentencia dictada en su contra en el proceso de cumplimiento seguido con el ciudadano Grimaldo Díaz Castillo. Alegaba que se habían vulnerado su derecho constitucional al debido proceso y a los principios de cosa juzgada y de prohibición de reforma en peor.

- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y decretó como un *Estado de Cosas Inconstitucional* la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes del TC de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra. Inclusive, se impusieron sendas multas tanto para la ONP, a quien se le condenó al pago de los costos procesales, como a los abogados que autorizaron sus escritos, a quienes se les condenó al pago solidario de 20 URP.

- **Comentarios.**-Esta sentencia representa un avance importante, más allá de lo resuelto en el caso concreto, en la medida en que representa una justa reacción ante el uso abusivo de los procesos constitucionales y la obstrucción en la eficacia de los derechos de los pensionistas por parte de la ONP. El Tribunal se pronuncia sobre la labor que realizan los estudios jurídicos encargados de la defensa de la ONP en los diversos procesos judiciales iniciados por los pensionarios y califica sus actividades en tales procesos como poco éticas y temerarias, en la medida en que tienden únicamente a obstruir y dilatar la ejecución de las prestaciones que por derecho corresponden a los pensionistas¹⁹. Los argumentos esgrimidos por el TC en esta sentencia están sustentados no solo en su jurisprudencia referida al desarrollo constitucional de los derechos de los pensionistas, sino que además, hacen uso del Informe N° 135 de la Defensoría del Pueblo²⁰, que desarrolla una investigación del funcionamiento de la ONP y sus sistemas de trabajo en los últimos años, concluyéndose que la entidad encargada del sistema pensionario sufre graves deficiencias e interfiere con el acceso a los derechos pensionarios²¹. Finalmente, la sentencia exhorta al Congreso de la República y/o al Poder Ejecutivo para que, en ejercicio de sus funciones y competencias, realicen la fiscalización de este ente y tomen las acciones que crean pertinentes²².

3.3.- Caso pago de horas extras. STC N° 05924-2009-PA/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Maynas contra los vocales integrantes de la Sala Civil Mixta de Loreto, en virtud del cual se solicitaba dejar sin efecto la desestimación de su demanda contencioso administrativa a través de la cual impugnaba la multa impuesta por la Dirección Regional de

¹⁹ STC. N° 5561 – 2007 – AA/TC, f. j. 20 y 26.

²⁰ DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 135: Por un acceso justo y oportuno a la pensión. Aportes para una mejor gestión de la ONP. Julio de 2008. En: <http://www.defensoria.gob.pe/accesibilidad/biblio.php#st3>

²¹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 135. Págs. 153 – 155.

²² STC. N° 5561 – 2007 – AA/TC, f. j. 41.

Trabajo y Promoción del Empleo por el incumplimiento de normas laborales (no pago de horas extras). Alegaba que se había vulnerado su derecho al debido proceso.

- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando que no se había acreditado la vulneración del derecho al debido proceso. Sin embargo, precisó que, a pesar de que la Ley de Presupuesto prohíbe a las entidades del Estado autorizar el pago de horas extra, éstas se encuentran obligadas a realizar tal pago a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que las hubieran efectivamente prestado. A criterio del TC, dicha prohibición se encontraba dirigida a las entidades públicas mas no a los trabajadores, de modo tal que correspondía a la entidad pública dictar las disposiciones conducentes a efectos de dar cabal cumplimiento a las normas presupuestarias.
- **Comentarios.**- Consideramos que esta es una sentencia acertada por parte del TC ya que, más allá de la resolución del caso concreto, establece criterios tendientes a que los derechos de los trabajadores de las entidades públicas no sean perjudicados por la aplicación de las normas presupuestarias, de modo tal que la responsabilidad de las entidades en la materia presupuestal no sea trasladada a los trabajadores. El Tribunal sustenta su fallo alegando que la falta de pago constituye una negligencia por parte de la entidad estatal al no haber tomado las medidas pertinentes para que los trabajadores se limiten a cumplir el horario de trabajo establecido. Por ello, en esta sentencia, el TC admite la obligación del pago de horas extras por parte de las entidades del Estado, señalando también que es un deber de estas hacer lo necesario para evitar las labores extraordinarias y que toda inobservancia constituye una negligencia. De esta manera, se confirma también la validez de la labor fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que determinó en el caso analizado que la entidad estatal incumplía con el pago de horas extras, y, en consecuencia, la multa pecuniaria impuesta no puede ser desconocida²³.

3.4.- Caso salud mental. STC N° 03426-2008-PHC/TC

- **Contexto.**- Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado a favor de Pedro Tomás Marroquín Bravo contra el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) con el objeto de solicitar la ejecución la medida de seguridad de internación dispuesta judicialmente y que, en consecuencia, el favorecido sea trasladado a un centro hospitalario donde pueda recibir tratamiento médico especializado. Alegaba que se habían vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad personal y a la integridad personal.
- **Decisión del TC.**-El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó que se dispusiera el traslado del demandante al Hospital Víctor Larco Herrera. Asimismo, declaró como un *Estado de Cosas Inconstitucional* la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental.
- **Comentarios.**-Este caso representa un importante aporte por parte del TC ya que llama la atención sobre la carencia de políticas públicas en lo que respecta a la salud mental y la necesidad urgente de contar con ellos. Así, el TC solicitó la participación de todos los poderes del Estado en esta materia. Ordenó al Ministerio de Economía y Finanzas adoptar las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al sector Salud y, concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país. Asimismo, solicitó al Poder Judicial la adopción de medidas correctivas para que los jueces puedan emitir pronunciamientos oportunos sobre los informes médicos de las autoridades de Salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad.

²³STC. N° 5924-2009-PA/TC, f. j. 5

Exhortó además al Parlamento para que proceda a la aprobación de una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación; y al Ejecutivo, para que adopte las medidas necesarias para superar prontamente las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con todos los sectores públicos.

3.5.- Caso cadete embarazada. STC N° 05527-2008-PHC/TC

- **Contexto.-** Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado por la cadete Nidia Yesenia Baca con el objeto de impugnar su retención en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, a donde había sido internada por encontrarse embarazada, ya que se venía condicionando el alta médica a la expedición de una resolución disciplinaria que confirmase su separación de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo por haber salido embarazada. Alegaba que se habían sus derechos constitucionales a la libertad personal, a la dignidad humana y a no ser discriminada por razón de sexo. Solicitaba, asimismo, que se le permita continuar sus estudios como cadete en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo.

- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional optó por no declarar improcedente la demanda, a pesar de que se había producido la sustracción de la materia ya que en el transcurso del proceso la demandante había sido dada de alta, y, por aplicación del artículo 1° y del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, declaró fundada la demanda considerándola como una de amparo, señalando que el hecho de prohibir tener hijos a las cadetes constituía una desigualdad irracional y encubierta entre hombres y mujeres.

- **Comentarios.-** Esta sentencia constituye un importante avance en materia del derecho a la igualdad ya que propugna que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo. Asimismo, se realizó una importante adecuación de las formalidades procesales a los fines de los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ya que se reconvierte un proceso de hábeas corpus a uno de amparo a fin de tutelar el derecho constitucional que estaba siendo vulnerado, el derecho a la igualdad.

IV.- Sentencias que desarrollan derechos procesales

4.1.- Caso sobre el plazo necesario de detención. Exp. N° 06423-2007-PHC

- **Contexto.-**Se trata del proceso de hábeas corpus iniciado a favor de Alí Guillermo Ruiz Dianderas contra el Jefe de la Policía Judicial de Puno a través del cual se solicitaba la inmediata puesta a disposición del beneficiario ante el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima. Alegaba que se había vulnerado su derecho constitucional a la libertad individual toda vez que habían transcurrido más de 24 horas desde que había sido detenido y el demandando no lo había puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional competente aduciendo que no contaba con los viáticos respectivos para el traslado.

- **Decisión del TC.-**El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y emitió un precedente vinculante respecto a los alcances del artículo 2° inciso 24 literal f) de la Constitución, en virtud del cual el Tribunal Constitucional precisa que el derecho a la libertad individual comprende no solamente el derecho a que, una vez detenida, ya sea por mandato judicial o por delito flagrante, la persona sea conducida dentro del plazo máximo de 24 horas ante la autoridad competente sino que

se debe respetar también el plazo estrictamente necesario, el cual debe ser establecido en cada caso concreto en atención a las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

- **Comentarios.**-Consideramos que esta sentencia es positiva en la medida en que desarrolla jurisprudencialmente la regla constitucional del artículo 2º inciso 24 literal f) de la Constitución y establece criterios prácticos para que dicha regla pueda ser efectivizada, exhortando tanto al Ministerio Público como al Poder Judicial a efectuar un control de los plazos de detención (plazo máximo y plazo estrictamente necesario). Con este precedente vinculante se otorga un alcance más amplio al derecho a la libertad individual y se optimiza al hábeas corpus traslativo como recurso procesal a invocar ante la mora frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.).

V.- Fortalecimiento de la justicia constitucional

5.1.- Caso represión de actos homogéneos. STC N° 4878-2008-PA y 5287-2008-PA

- **Contexto.**- Se trata de dos procesos constitucionales de amparo iniciados a consecuencia de solicitudes de represión de actos homogéneos. El primero (STC N° 4878-2008-PA) fue iniciado por la empresa Viuda de Mariátegui e Hijos S.A. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal con el objeto de solicitar que los demandados se abstengan de disponer el cobro de sendas órdenes de pago en cumplimiento de los alcances de la sentencia expedida por el TC en su favor en los Exps. Acums. N° 1255-2003-AA/TC y otros. El segundo (STC N° 5287-2008-PA) fue iniciado por Mario Lovón Ruiz-Caro contra el Ministerio de Relaciones Exteriores con el objeto de impugnar la Resolución Ministerial N° 3912, en virtud de la cual se dio término a su nombramiento como Director General de Derechos de los Peruanos en el Exterior y se le nombró como Director de Tratados, considerando que este era un acto discriminatorio y abusivo sustancialmente homogéneo al declarado lesivo por la sentencia dictada a su favor por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- **Decisión del TC.**-En el primer caso (STC N° 4878-2008-PA) el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de agravio constitucional y ordenó a la SUNAT que, en ejecución de cobranza, se abstenga de considerar el monto de los intereses moratorios desde la interposición de los recursos administrativos de las órdenes de pago señaladas en los escritos de ampliación de demanda. En el segundo caso (STC N° 5287-2008-PA), el Tribunal Constitucional declaró improcedente la solicitud de represión de actos homogéneos considerando que la propia Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien había dictado sentencia a favor del demandante, no había considerado el acto impugnado como sustancialmente homogéneo al declarado lesivo.
- **Comentarios.**-En estas sentencias se precisan los alcances del artículo 60º del Código Procesal Constitucional, en el cual se encuentra regulada la represión de actos homogéneos. Así, el Tribunal Constitucional precisa que este es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a los derechos. A través de esta institución procesal se evita el desarrollo de nuevos procesos constitucionales y se garantiza la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas, en concordancia con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, se diferencia este mecanismo de otras instituciones procesales, tales como la sentencia estimatoria frente al cese o irreparabilidad del acto lesivo y el estado de cosas inconstitucional; se regulan los presupuestos para su aplicación, la existencia de una sentencia ejecutoriada a favor del demandante en proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales y el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de condena; y se identifican los criterios objetivos y subjetivos para la identificación del acto lesivo homogéneo. Cabe precisar además que este mecanismo procesal se tramita ante el juez de ejecución, el juez de primera instancia que conoció la demanda que dio inicio al proceso constitucional, y se encuentra circunscrito a los procesos constitucionales de amparo, hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento.

Este constituye un importante aporte jurisprudencial en la medida en que se contribuye a dar condiciones para que los justiciables apliquen una institución procesal novedosa introducida en el Código Procesal Constitucional, en virtud de la cual se coadyuva a la efectividad y plena vigencia de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

5.2.- Caso TLC con Chile. STC Exp. N° 00002-2009-PI

- **Contexto.-** Se trata de la demanda de inconstitucionalidad planteada por más del 25% del número legal de congresistas contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) N° 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscritos a su amparo. Los demandantes alegaban que el tratado internacional impugnado resultaba incompatible con la Constitución tanto por la forma, ya que a su criterio este debía de haber pasado por la aprobación del Congreso debido a que contenía materias referidas a la soberanía nacional, como por el fondo, pues las definiciones contenidas en el tratado respecto al territorio nacional y a las causales de expropiación no se ajustaban a las disposiciones constitucionales sobre tales materias.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional, empleando una sentencia de carácter interpretativo, declaró infundada la demanda, considerando que el tratado internacional materia de impugnación podía ser entendido como constitucional siempre y cuando se interpretase que la definición de territorio establecida en el tratado sea interpretada de conformidad con la definición de territorio establecida en el artículo 54° de la Constitución; y que se interprete que el “propósito público” señalado como causal para la expropiación por el punto 11.10 literal a) del tratado recoge ambas causales de expropiación establecidas en el artículo 70° de la Constitución (necesidad pública y seguridad nacional).
- **Comentarios.-** Se trata de una sentencia histórica en el sentido de que resulta la primera vez que nuestro Tribunal Constitucional realiza un control constitucional sobre un tratado internacional, el Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile, a través de una sentencia interpretativa. Consideramos interesante el aporte de esta sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de incorporar criterios para definir el procedimiento constitucional a seguir para la celebración y ratificación de los tratados internacionales, además de la exhortación que se hace al Poder Ejecutivo a someter a consulta los tratados internacionales, aunque sea de manera no vinculante, al Congreso de la República antes de ser ratificados.

Este caso demuestra la conveniencia de introducir una reforma sustancial a nuestro modelo de control constitucional en lo que respecta a los tratados internacionales, pasando de un modelo ex post a un modelo ex ante, de corte preventivo, a fin de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por la celebración de tratados que no resulten acordes con la Constitución.

5.3.- Caso ejecución de sentencias constitucionales. STC N° 01601-2012-PA

- **Contexto.-** Se trata del proceso constitucional de amparo iniciado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) con el objeto de cuestionar la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el marco de un proceso de ejecución de resoluciones judiciales, en virtud de la cual se disponía la aprobación de un informe pericial que avalaba la nivelación de pensiones pertenecientes al régimen del Decreto Ley N° 20530 con remuneraciones pertenecientes al régimen laboral privado. La demandante solicitaba que se declare la nulidad de la referida resolución alegando que se habían afectado sus derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que se pretendía ejecutar una sentencia en su contra recaída en otro proceso de amparo sin tener en cuenta de los términos establecidos en dicha sentencia. Tras ser declarada improcedente en las dos primeras instancias, considerando que se estaba pretendiendo utilizar el proceso de amparo como instancia adicional de revisión, la demanda pasó a conocimiento del TC.
- **Decisión del TC.-** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que a través del proceso ordinario de ejecución de sentencias se estaba pretendiendo desconocer una sentencia dictada en el marco de un proceso constitucional de amparo, contraviniendo el artículo 22° del Código Proceso Constitucional, en el cual se establece la prevalencia de las sentencias dictadas por los jueces constitucionales sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales. En consecuencia, dispuso la nulidad de la resolución judicial cuestionada y ordenó a la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao expedir una nueva resolución conforme a los fundamentos de la presente sentencia.
- **Comentarios.-** Más allá del caso en concreto, esta sentencia presenta importantes aportes en lo que respecta al régimen de ejecución de las sentencias emitidas en el marco de los procesos constitucionales y a la fuerza vinculante de las decisiones del propio Tribunal Constitucional. Respecto a lo primero, se precisa que el proceso ordinario de ejecución de resoluciones judiciales no resulta aplicable en el caso de la ejecución de las sentencias constitucionales, en la medida en que estas, de conformidad con el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, ostentan un rango prevalente frente a las sentencias de los procesos ordinarios, dado el tipo de tutela que brindan y las atribuciones con las que cuentan los jueces constitucionales. Respecto a lo segundo, el Tribunal Constitucional interpreta de manera extensiva el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, precisando que, en atención al principio de seguridad jurídica, sus pronunciamientos realizados en ejercicio de su función de control de constitucionalidad de las normas, sea que éstos recaigan en procesos de control abstracto o de tutela de derechos, resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos así como para los particulares.

V.- A manera de conclusión

- **No todas las sentencias cuestionables tienen la misma naturaleza.** Hay sentencias que resultan desde todo punto de vista censurables, como por ejemplo, la de la píldora del día siguiente o la del Frontón, donde es clara la presión del poder político para obtener impunidad. Otras bien intencionadas, quizá con excesivo realismo político, careciendo de esa mala fe, tiene planteamientos discutibles y hasta debatibles, como es el caso de la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la ley del uso de la fuerza, donde es una posición sustentada aunque controversial.
- **Las sentencias no son blanco o negro.** En la mayoría de los casos que hemos analizado, estamos ante sentencias que tiene aspectos positivos y aspectos negativos. Se trata de un

problema de intensidades. Estaremos ante una sentencia cuestionable cuando los elementos cuestionables o reprobables son preponderantes o prevalentes. Incluso en muchos casos se aprecia como reglas cuestionables o arbitrarias son agregadas a las sentencias, luego de desarrollos jurisprudenciales positivos y acertados, al parecer, con el objeto de distraer la atención.

- **Una sentencia buena no anula una sentencia mala.** Si bien hay sentencias destacables, ellas jamás borrarán y menos exonerarán al TC de su responsabilidad por las sentencias expedidas y que son cuestionables. Las buenas no le lavan la cara al TC si se quiere. Los magistrados deberán de dar cuenta de sus fallos, sean buenos y malos. Por más sentencia buena que se expida, sentencias como la Alberto Quimper o la de la PUCP jamás serán borradas.
- **Hay serios problemas de independencia del TC.** Nuestro balance general es que a pesar de algunas sentencias destacadas, es que existen sentencias sumamente cuestionables, que ponen en entredicho la independencia e imparcialidad de los magistrados del TC. Casos como el Frontón o la Justicia Militar ponen en entredicho la independencia del TC, condición indispensable para una recta administración de justicia en materia constitucional.
- **Hay sentencias con serios problemas de motivación.** Muchas sentencias no llegan a brindar una motivación y una fundamentación mínima consistente. Es el caso por ejemplo de la sentencia sobre la empresa transportes Flores, donde nunca se hace una ponderación que sustente el fallo.
- **Se ha interferido las funciones del CNM.** Existe un conjunto de sentencias que de manera constante vienen obstaculizando y bloqueando las funciones que la Constitución le ha encomendado al CNM en la selección y ratificación de magistrados.
- **El TC no es coherente con su propia jurisprudencia.** Es el caso por ejemplo de la sentencia que elimina el RAC a favor del precedente. Resulta inaudito que los mismos magistrados que la firmaron luego cambiaron su parecer de forma injustificada, o la sentencia de la píldora del día siguiente donde luego de admitir la píldora del día siguiente en un primer pronunciamiento, esta luego es rechazada. Es el caso por ejemplo de la sentencia en el caso El Frontón donde luego de admitir la queja, luego el propio TC reniega de ella.
- **Hay una desprotección de los derechos de los pueblos indígenas.** El TC ha expedido nueve resoluciones específicamente sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. De este grupo, solo un proceso constitucional es contra una medida administrativa inconsulta, siete son contra medidas legislativas no consultadas y un proceso es contra la omisión del poder político de desarrollar normativamente el derecho a la consulta. Lo sorprendente es que solo una de ellas ha sido declarada fundada. Las demás demandas fueron rechazadas dejándose en la indefensión a los pueblos indígenas²⁴.
- **Hay problemas de colegialidad entre los magistrados del TC.** Que han existido serios y severos cuestionamientos a la conducta de algunos magistrados del Tribunal Constitucional, las mismas que han sido formuladas no solo por la prensa sino por los propios magistrados de este

²⁴ Juan Carlos Ruiz Molleda, Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos? Revisar en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=637>.

órgano colegiado, cuestionamientos que descalificaban y desmerecían a los mismos en el cargo para el que fueron elegidos²⁵.

²⁵ Ver también frases célebres de un magistrados constitucional en:
<http://www.revistaideele.com/archivo/node/425>

Bibliografía

- Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández, El Tribunal Constitucional peruano cumple 10 años desde su reinstalación (reporte e su labor jurisprudencial durante el año 2006), en: Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, número 11, Madrid (2007), págs. 561-605.
- Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández, El Tribunal Constitucional peruano en el 2007, en: Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional, número 12, Madrid (2008), págs. 471-492.
- Informe Especial, ranking 2010. Lo feísimo, lo malo y lo bueno del Tribunal Constitucional, en: Revista La Ley, Año 3, N° 37, del 1 al 31 de diciembre de 2010, pág. 4.
- La Justicia Constitucional en el 2007: Análisis de casos relevantes y precedentes vinculantes. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2008. Puede ser revisado en el portal de Justicia Viva en: <http://www.justiciaviva.org.pe/publicaciones.php?pag=3>
- Balance al 2008 del Tribunal Constitucional Peruano. El TC que se nos fue y el TC que se nos viene. Instituto de Defensa Legal, Lima, agosto, 2009. Puede ser revisado en el portal de Justicia Viva en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc27082009-181547.pdf.
- Balance del Tribunal Constitucional 2009-2010. Por sus sentencias lo conocerán. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011. Puede ser revisado en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo16062011-185904.pdf>.
- Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la consulta, en: Balance de la justicia y de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, IDL Justicia Viva, Lima 2011, págs. 100-104. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo09022012-105501.pdf>
- Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derecho a la consulta, en: Balance de la justicia y de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú, IDL Justicia Viva, Lima 2011, págs. 100-104. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo09022012-105501.pdf>.