



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año I - N.º 2 - agosto - diciembre, Lima, 2005

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- ❑ Resumen de las sentencias en materia de procesos de amparo. (Semestre: agosto - diciembre, 2005)
- ❑ Resumen de las sentencias de procesos de inconstitucionalidad (Semestre: agosto - diciembre, 2005)

Resumen de las sentencias en materia de procesos de amparo (Semestre: agosto - diciembre, 2005)

Se destacan en esta sección las decisiones que, en forma de Resoluciones (Autos) o Sentencias, desarrollan principios o constituyen interpretaciones trascendentes para el orden jurídico y para las instancias judiciales a la hora de asumir la defensa de los derechos fundamentales a través del Proceso Constitucional de Amparo.

A partir de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional (01-12-2004), el Tribunal ha venido precisando algunos de sus alcances. Esto se ha podido percibir ya con más incidencia durante el segundo semestre de 2005. En el presente reporte, vamos a tratar de resumir algunas de estas decisiones, empezando por las referidas a temas netamente procesales o de aplicación del propio Código y luego pasando a la revisión y resumen de temas de naturaleza material, referidos a derechos fundamentales concretos.

I) TEMAS DE CARÁCTER PROCESAL.

1.1. Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional (Exp. 4101-2004-HC/TC, publicado el 02.09.2005)

La aplicación inmediata del CPC a los procesos en curso, no ha sido asumida por el Tribunal en forma abstracta y generalizada como pareciera sugerir la Segunda Disposición del propio Código que, en efecto señala que, «(...) las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado». El Tribunal en muchas de sus decisiones ha optado por aplicar las normas vigentes al momento en que se planteó la demanda, por que según el criterio adoptado, ello resultaba más beneficioso a la tutela procesal efectiva prevista también en la Constitución (artículo 139°)

En esta dirección, en la sentencia producida en el Exp. 4101-2004-HC/TC, el Tribunal prefirió aplicar las normas ya derogadas contenidas en la Ley 23506, debido que, las reglas contenidas en el CPC resultaban para el caso, «más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales que buscan ser protegidos, sobre todo en relación

al tipo de resolución judicial que puede ser recurrido, según lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional: «El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva».

El Tribunal sostuvo que, «Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley N.º 23506». En realidad este criterio ya había sido sostenido en anteriores oportunidades. Así en el Exp. 4107-2004-HC/TC, publicada el 25.05.2005, el Tribunal sostuvo que «que si bien la citada disposición legal (se refiere a la Segunda Disposición Final del Código) permite interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello habrá de ser posible siempre que tal regulación suponga una real vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que en principio debe ser apreciado atendiendo a las particularidades de caso en concreto».

En el caso en referencia, el Tribunal estableció de manera indubitable que «una regla de procedibilidad tan restrictiva como la prescrita en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, debe ser correctamente interpretada y morigerada en virtud del principio *pro homine*, que postula que los preceptos normativos deben sujetarse a una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales». De este modo precisó algunos criterios que operan como excepción a la regla de la aplicación inmediata contenida en la Segunda Disposición Final del CPC.

Para el efecto, el Tribunal acudió a un criterio de aplicación analógica, invocando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988. Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989. Corte I.D.H., Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989*), de los cuales extrajo los siguientes criterios de excepción:

«a) que no se haya permitido al justiciable el acceso a los recursos que depara el proceso judicial de la materia, b) que haya retardo injustificado en la decisión sobre el mencionado recurso, c) que por el agotamiento de los recursos pudiera convertirse en irreparable la agresión, d) que no se resuelvan los recursos en los plazos fijados para su resolución» (fj 6º)

A partir de estos criterios, el Tribunal ha venido reiterando el criterio según el cual, la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional opera como regla general, siempre que ello no afecte de modo desproporcionado el acceso a la jurisdicción constitucional por parte del accionante. (véase entre otros los siguientes expedientes N° 3778-2004-AA/TC; 4241-2004-AA/TC; 2939-2004-AA/TC; 0616-2005.HC/TC)

1.2. Vía paralela (Exp. 3165-2004, publicado el 11.08.2005)

El Tribunal Constitucional formuló una interpretación del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, referido a las denominadas «vías paralelas», en la sentencia recaída en el expediente N.º 3165- 2004-AA. Se trata de un Amparo interpuesto por Tomás Gutierrez Palomino contra la Junta Liquidadora de la Empresa Nacional Pesquera S.A., Pesca Perú, solicitando que se cumplan los Convenios Colectivos de los años de 1983 y 1984 y que, consecuentemente, se le abonen los incrementos derivados de los mencionados convenios. La parte demandada contestó afirmando que con anterioridad el demandante inició un proceso laboral en la vía ordinaria con el mismo petitorio, por lo cual debe declararse la improcedencia de la demanda, conforme el artículo 6º, inciso 3), de la Ley N.º 23506.

El Tribunal ha precisado, en el fundamento jurídico 2º de esta sentencia, que el artículo 5º numeral 3 del Código Procesal Constitucional hace referencia a la Vía paralela, cuando dice que los procesos constitucionales no proceden en caso de que el agraviado haya optado por recurrir previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional. Define a esta vía como *aquella vía que satisface la defensa de un derecho constitucional y que, en virtud de ello, consigue la reposición de las cosas al estado anterior a la violación de derechos constitucionales. (Segundo párrafo de los fundamentos).*

A continuación, formula una interpretación de la norma bajo comentario, señalando los requisitos que deben cumplirse para que opere dicha causal de improcedencia de los procesos constitucionales: *este Tribunal considera que la causal de improcedencia regulada en el artículo 5º, inciso 3), del Código Procesal Constitucional, solo opera cuando el proceso ordinario sea seguido entre las mismas partes; exista identidad de hechos y se persiga el mismo tipo de protección idónea y eficaz que el amparo brinda. (FJ. 2º).*

Por tales motivos, declaró improcedente la demanda, en vista de que en el caso sometido a su análisis se acreditó la existencia de proceso laboral previo entre las mismas partes.

1.3. Vías igualmente satisfactorias para proteger el derecho al trabajo y derechos conexos.

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N° 206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005. El Tribunal Constitucional conoció del caso vía el recurso de agravio constitucional interpuesto por César Antonio Baylón Flores contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró infundada la acción de amparo que interpuso contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. El demandante solicitó se declare inaplicable

la carta notarial por la cual se le despedía de la empresa y que se lo reponga en su respectivo puesto, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir más una indemnización por daños y perjuicios. Sus argumentos consistieron en que no se hizo una adecuada calificación de la causa justa de despido y que no se observó el principio de inmediatez, pues el despido se produjo mucho tiempo después de la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales fue despedido. Agregó que tales actos vulneran sus derechos constitucionales al trabajo, a la adecuada protección contra el despido arbitrario y al debido proceso.

En la sentencia bajo comentario, se estableció un conjunto de criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, referidos a las vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional al trabajo y derechos conexos. La sentencia diferencia sus criterios para el régimen laboral privado y el régimen laboral público.

Los criterios para el régimen laboral privado son los siguientes:

Las vías jurisdiccionales ordinarias se constituyen en vías idóneas para obtener la adecuada protección de los derechos y libertades constitucionales. Consecuentemente, sólo en los casos de que tales vías no resulten satisfactorias, eficaces o idóneas para tales fines, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales previamente analizadas, podrá acudir a la vía del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba que demuestre que el amparo es la vía idónea y eficaz, y no el proceso ordinario (Fundamentos 5 y 6).

Dado que el derecho a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone una indemnización o reposición a elección del trabajador, en caso de que por la vía judicial no sea posible cualquiera de ellas, el amparo será la vía idónea para ello. De igual modo, el amparo será la vía idónea en casos de despido fraudulento cuando el demandante acredite indubitadamente que existió fraude (atribución de faltas inexistentes) y en casos de despidos nulos, para lo cual ratificó los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco (Fundamentos 7, 8 y 9).

La libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten, así como las actividades que desarrolla los sindicatos y sus afiliados para garantizar el desempeño de sus funciones sindicales. Reconoce también una protección para los dirigentes sindicales, en la medida en que *detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus*

dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado. (Fundamentos 12 y 13). En consecuencia, establece la vía del amparo como una alternativa para tutelar esta libertad: *Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.* (Fundamento 14).

El amparo es consagrado como vía idónea en los casos de despidos originados en la discriminación por razones de raza, sexo, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, por motivos de embarazo, estado civil, ejercicio de la licencia de maternidad, por impedimentos físicos. *Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.* (Fundamentos 15 y 16).

El Tribunal Constitucional establece un conjunto de supuestos en los que la vía idónea para tutelar los derechos afectados es la vía jurisdiccional ordinaria, siendo de competencia de las Salas Laborales y Juzgados de Trabajo para ello. Por lo tanto, en caso de interponerse acciones de amparo en tales supuestos, deberán declararse improcedentes. El Colegiado resume su posición al señalar que: *...aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.* (Fundamento 20).

Dichos supuestos, conforme a lo prescrito por el artículo 4º y 4.2 de la Ley Procesal del Trabajo, son los siguientes (Fundamentos 17 y 18):

- a) Impugnación de despido (sin reposición).
- b) Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
- c) Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

d) Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

Los criterios esgrimidos para el régimen laboral público son los siguientes:

El Tribunal estimó en su Fundamento 21 que la vía idónea para resolver pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, porque permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Esta vía es la adecuada e igualmente satisfactoria, en relación al proceso de amparo (Fundamento 22). Lo mismo sucederá con los nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N.º 27803, entre otros (Fundamento 23). De ahí que la acción de amparo proceda sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea,.... así como para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental. (Fundamento 24).

El Tribunal Constitucional sentó este conjunto de criterios procesales en materia laboral tratando de que se llegue a una situación en que el proceso de amparo termine sustituyendo a los procesos judiciales laboral y contencioso administrativo, restándoles eficacia y desnaturalizando la finalidad para la que el amparo fue creado: ser una herramienta de tutela urgente, extraordinario, residual y sumario. (Fundamento 25) Finaliza declarando en su parte resolutive que los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral, previstos en los fundamentos 7 a 25, supra, constituyen precedente vinculante inmediato, en consecuencia, toda demanda de amparo presentada a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial El Peruano, o que se encuentre en trámite y que no cumpla con tales condiciones, deberá ser declarada improcedente.

1.4. *Amparo contra normas autoaplicativas y agotamiento de la vía previa (Exp. 2302-2003, publicado en la web del TC el 30 de junio de 2005)*

Se trata de la Sentencia del TC expedida en el Expediente N° 2302-2003, publicada en la página web del Tribunal el 30.06.05. El recurrente so-

licita la inaplicación de dos normas: una con rango de ley (Decreto Legislativo N° 776, referido al Impuesto a los Juegos); y, otra norma con rango infralegal (Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas), por considerar que las referidas normas vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad.

Alega que se encuentra exceptuado de agotar *la vía previa*, puesto que se trata de normas autoaplicativas, y, además porque de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, «la vía previa no se encontraba regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionen los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución» (STC 489-2000-44/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC).

Por su parte, la emplazada afirma que no se tratan de normas autoaplicativas y que debería declararse improcedente la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa, sustentando su posición en la STC 1266-2001-AA/TC donde también se cuestionó el inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, y la cual señaló: «...en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquicamente inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos».

El Tribunal Constitucional ante un caso de doble criterio jurisprudencial sobre el agotamiento de la vía previa, estableció un precedente vinculante respecto al tema en controversia. En consecuencia, declaró:»

a) *Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria -Decreto Supremo- directamente contraria a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario agotar la vía previa; b) la excepción a la regla precedente, serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación».*

La excepción establecida por el Tribunal Constitucional en su precedente vinculante resulta lógica, pues no puede exigirse el agotamiento de la vía previa de normas autoaplicativas porque «...al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo».

Así pues para el caso concreto, el Tribunal Constitucional concluyó que el recurrente cuestionaba normas tributarias del tipo autoaplicativas, debido a que «...en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción a la regla del agotamiento de la vía previa». Por lo tanto, declaró procedente la demanda y pasó a resolver la cuestión de fondo.

II. TEMAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO

1. *Los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la pensión (Exp. 1417-2005-AA/TC, publicado el 12-07-2005)*

Esta decisión, si bien se ha producido en el primer periodo de 2005, sin embargo se reproduce aquí el resumen dada su trascendencia en la definición del contenido esencial de los derechos a que se refiere actualmente el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional con causal quizá más relevante para admitir o rechazar una demanda de amparo. El Tribunal en su afán de delimitar el contenido constitucionalmente protegido en el caso de autos (derecho a la pensión) realizó importantes acotaciones en torno a la teoría de los derechos fundamentales y su implicancia en la defensa que realiza el TC.

Se trataba del recurso de agravio constitucional interpuesto por Manuel Anicama Hernández contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente en grado una demanda de Amparo contra la ONP, interpuesta con el fin de que se declare nula la Resolución N.º 0000041215-2002-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de agosto de 2002, por vulnerar su derecho fundamental a la pensión al resolvió denegar su solicitud de pensión de jubilación adelantada.

El Tribunal parte por establecer que los derechos fundamentales no se agotan, o no están delimitados por lo que se establece en la Constitución. La idea de derechos de sustento constitucional directo hacen referencia no sólo a aquellos formalmente consagrados en el texto constitucional, sino además, a aquellos derivados de una protección material de los derechos, lo que implica la inclusión de derechos consagrados en tratados internacionales como a aquellos integrados por vía interpretativa, conforme a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, y los contenidos esenciales de algunos derechos desarrollados por vía legislativa (Fundamento 9).

En segundo lugar, reconoce el carácter exigible de los derechos fundamentales que requieren desarrollo legislativo: *Los derechos fundamentales cuya*

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

En tercer lugar, establece la diferencia entre derechos fundamentales de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos denominados prestaciones o de preceptividad diferida, progresivos o programáticos. Entre los segundos se hallan los derechos económicos, sociales y culturales que requieren de *un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.* (Fundamento 13) Requieren, por ende, una previa configuración e implementación legal.

Establece la necesidad de que el contenido esencial de los derechos fundamentales no sea determinado *a priori*, sino derivado de un análisis sistemático de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce, siendo uno de la mayor importancia el principio-de-recho de dignidad humana (Fundamento 21).

Siguiendo la teoría de los derechos y posiciones de derechos formulada en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy, el Tribunal incorpora en su jurisprudencia las diferencias entre disposiciones de derecho fundamental, normas de derecho fundamental y posiciones de derecho fundamental. Las primeras son *enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona.* Las segundas son *sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones.* Mientras que las terceras son *exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad* (Fundamento 24). Los derechos fundamentales en sentido estricto se encuentran dentro de este tercer grupo.

Considerando ello, establece ciertas exigencias a cumplir en un proceso constitucional sobre pretensiones a hacerse valer en reclamo de la aplicación de una determinada disposición que reconozca un derecho fundamental:

a) dicha pretensión debe ser válida, esto es, consecuencia de un sentido interpretativo (norma) que sea válidamente atribuible a la disposición constitucional que reconoce un derecho y b) a que en casos de pretensiones válidas, éstas deriven directamente del contenido esencial de un derecho protegido por una disposición constitucional. *Contrario sensu*, será improcedente cuando la titularidad subjetiva afectada tenga su origen en la ley o, en general, en disposiciones infraconstitucionales.

En cuanto al tema de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, el Tribunal asume posición respecto a que se deriva de un análisis sistemático de la disposición constitucional pertinente (artículo 11º) y de los principios y valores que lo informan: el principio de derecho de dignidad y los valores de igualdad material y solidaridad. (Fundamento 36). De ese modo, el contenido esencial del derecho a la pensión en tanto derecho de configuración legal y tutelable por la vía del Amparo se delimitará sobre la base de los siguientes lineamientos jurídicos:

a) ...forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social sustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) ... forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.(...)

c) forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital, es decir, «aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.» (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

d) ... aún cuando... las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada. Y es que como se ha precisado, en el proceso de amparo «no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto [u omisión] cuestionado». (STC 0976-2001-AA, Fundamento 3).

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. (Fundamento 36).

Finalmente, un tema destacable en la sentencia que se resume es que el Tribunal compele a los poderes públicos a tener presente que las afectaciones en materia pensionaria tienen calidad de vulneraciones continuadas, pues se producen mes a mes, no existiendo posibilidad de rechazar reclamos o demandas que versen sobre esta materia, bajo el argumento del vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad (Fundamento 59).

2. *Overruling en el tema de Ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura (Exp. 3361-2004-AA/TC, publicado el 16.12.2005)*

El tema de la ratificación ha sufrido un cambio importante en las consideraciones el TC a partir de la decisión producida en el Exp. N° 3361-2004-AA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 16 de diciembre de 2005. Se trataba de una Acción de Amparo interpuesta por Jaime Amado Álvarez Guillén contra la Resolución N° 381-2002-CNM del Consejo Nacional de la Magistratura, por la cual este órgano decidió no ratificarlo en el cargo de vocal superior, dejando sin efecto su nombramiento y ordenando la cancelación de su título, sin fundamentación alguna. El demandante alegó que con ello se producía la afectación de su derecho de defensa y el principio de inamovilidad de los jueces.

El Tribunal Constitucional declaró Infundada la demanda, argumentando que al momento de realizar el procedimiento de ratificación para el presente caso, el CNM actuó conforme a las normas vigentes e interpretándolas adecuadamente, no demostrándose violación de derechos constitucionales invocados por el demandante. No obstante, modificó los criterios que anteriormente había establecido para la resolución de este tipo de casos, señalando que serán precedentes vinculantes los fundamentos 7 y 8, 17 a 20 y 26 a 43 de la sentencia.

La técnica a la que apela el Tribunal para el cambio de precedente es la del *Prospective overruling*, proveniente de la tradición jurisprudencial norteamericana: El Tribunal considera que «...la técnica del *overruling* permite cambiar un precedente en su «núcleo normativo» aplicando el nuevo precedente, ya sea al caso en análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos, a casos del futuro (*prospecting overruling*) (Fundamento 5), siempre que previamente se advierta a la comunidad del cambio, para así evitar modificaciones repentinas de reglas válidas. El cambio jurisprudencial consiste en la afirmación de la procedencia de los procesos constitucionales respecto a resoluciones definitivas del CNM cuando éstas sean inmotivadas o cuando hayan sido emitidas sin audiencia del interesado.

2.1. *Las funciones que cumple la ratificación por parte del CNM*

En la referida sentencia, el Tribunal desarrolla las razones constitucionales que hacen compatible la función que la Constitución encomienda al Consejo Nacional de la Magistratura referida a la ratificación de magistrados, con la independencia y autonomía del Poder Judicial a la que también se refiere la propia Constitución (arts. 139.2). En este sentido el Tribunal ha considerado que el Proceso de ratificación antes que disminuir, más bien refuerza la

independencia de los magistrados, al sostener que la ratificación cumple por lo menos las siguientes funciones:

a) La ratificación renueva el compromiso y la responsabilidad de la magistratura.- Si la independencia es la garantía política para predicar la imparcialidad de la justicia en cualquier sistema, la responsabilidad es su contrapartida por excelencia. Responsabilidad implica una serie de compromisos en la labor de la magistratura, compromisos que van desde la lealtad a la Constitución y sus valores, hasta la imprescindible solvencia moral con que debe actuar en el ejercicio de las funciones. Es la responsabilidad con que actúa cada día un magistrado, lo que permite contrastar públicamente su independencia(...)

b) La ratificación es un mecanismo de control al ejercicio de la función pública del magistrado.- Los jueces y fiscales, no hay que olvidarlo, son ante todo funcionarios públicos; en consecuencia, las garantías de independencia y permanencia en el cargo no pueden imponerse para mantener una magistratura ineficiente, irresponsable o corrupta. Es razonable suponer que en este universo amplio de personas, no todas mantengan en el tiempo un ejercicio impecable. La función jurisdiccional tiene, además, una serie de otras variables que no están presentes en el control de otras funciones públicas. En consecuencia, la institución de la ratificación no es incompatible con el modelo de Estado Democrático donde se respeta la división de poderes. (...)

c) La ratificación incentiva la sana competencia en la carrera judicial.- Ejercida con respeto a los derechos y garantías constitucionales, la ratificación puede ser también un mecanismo eficiente de gestión del personal jurisdiccional. Los estudios sobre la materia muestran la importancia de que en toda corporación existan mecanismos de renovación y de retroalimentación de los valores y principios que se exigen para el cumplimiento de las metas de la organización y que estos mecanismos sean constantes. Es claro que la organización judicial y fiscal es una corporación donde el recurso humano es fundamental; en esta dimensión es donde actúan los mecanismos de selección permanente de tal modo que, antes que depuración, la ratificación puede entenderse también como un mecanismo para la optimización del recurso humano teniendo como una meta clara contar siempre con los mejores elementos para cumplir con éxito los fines últimos de la organización de la justicia a la que, como funcionarios públicos, sirven los jueces y fiscales. Esto permite, por otro lado, la creación de una cultura de la sana competencia dentro de la organización judicial, que a través de este tipo de procesos puede hacer públicos los perfiles de la magistratura que requiere el Estado social y democrático de derecho, generando señales claras sobre el modelo de juez o fiscal, así como sobre las competencias que se requieren para permanecer

en el cargo. Desde luego, ello no es posible, por ejemplo, en un esquema donde no se publicitan ni los procesos ni las decisiones de quienes ejercen dicha función.» (Fundamento jurídico 16º)

d) La ratificación fomenta la participación ciudadana en la gestión del servicio de justicia.-Al ser un proceso público, la ratificación de magistrados se presenta también como una oportunidad para que la ciudadanía pueda reivindicar al buen juez o pueda acusar directamente, y con las pruebas debidas, al juez incapaz, deshonesto o corrupto. La crítica ciudadana a la función pública es un elemento fundamental en el fortalecimiento de las instituciones de la democracia participativa. Un modelo abierto a la participación del pueblo como es el Estado social y democrático, no puede desperdiciar un momento como este para que la magistratura dé cuenta pública de sus funciones cada siete años. Eso sí, el sistema debe permitir que el magistrado responsable, capaz y honesto, espere sin temor ni incertidumbre de lo que pueda ocurrir con su destino funcional luego del proceso de ratificación. La sociedad peruana, que ha vivido en los últimos años con las puertas del poder público poco permeables a la crítica pública, necesita abrir espacios de diálogo entre el ciudadano y la función pública.

A continuación, el Tribunal formula la necesidad de establecer nuevos parámetros a utilizar en los procesos de evaluación y ratificación de magistrados, los cuales amplían el margen de motivación de las resoluciones del CNM. Se proscribe el carácter subjetivo de la evaluación realizada por el CNM a favor de una decisión con alto componente objetivo, sobre la base de parámetros aprobados por el nuevo Reglamento de Evaluación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público, como son la calificación de los méritos y la documentación que los sustenta, la apreciación del rendimiento en calidad de resoluciones y publicaciones, el análisis de los avances profesionales, la evaluación de su conducta, el examen opcional de la situación patrimonial, la revisión y sustentación por parte del evaluado de diez decisiones jurisdiccionales adoptadas y consideradas por él como importantes, y evaluaciones psicosométrica y psicológica.

En la misma decisión, el Tribunal Reconoce, como expresión del derecho de acceso a la información procesal, un conjunto de prerrogativas que acuden al magistrado sometido a evaluación por parte del CNM: *De esta argumentación genérica se desprende que todo magistrado sujeto a ratificación tiene derecho al acceso de: a) la copia de la entrevista personal, por ser la audiencia de carácter público, a través del acta del acto público realizado, y no únicamente el vídeo del mismo; b) la copia de la parte del acta del Pleno del CNM que contiene la votación y acuerdo de no ratificación del magistra-*

do evaluado; y, c) la copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación (Fundamento 30).

Se establece así mismo, el derecho de los magistrados a contar con evaluadores imparciales e independientes, lo que significa la inexistencia de posiciones predeterminadas respecto a los evaluados, garantizando de ese modo la idoneidad para participar en la evaluación. Este derecho se compagina con la posibilidad de inhibición de los evaluadores o su recusación por parte de los evaluados, aunque en casos restringidos.

El Tribunal también se pronuncia sobre la necesidad del establecimiento de una instancia plural dentro del CNM en materia de procesos de ratificación de magistrados pues, dadas las graves consecuencias que acarrearán estos procesos, se requiere que un órgano superior revise la decisión adoptada en un primer nivel. Esto guarda coherencia con el artículo 139 numeral 6 de la Constitución Política.

Finalmente, plantea un concepto de bloque de Constitucionalidad, proveniente de la experiencia jurídica francesa, que debe configurarse como el parámetro constitucional del procedimiento de ratificación de magistrados y cuya observancia se convierte en garantía de respeto de los derechos fundamentales de los magistrados sometidos a procesos de ratificación en el cargo y de los principios que resguardan el ejercicio adecuado de sus funciones: *Este bloque es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, figura a partir de la cual surge la fuerza normativa de la Constitución, que irradia a todo el ordenamiento jurídico* (fundamento 47).

3. Los fundamentos constitucionales del Proceso de Cumplimiento y los requisitos para exigir el cumplimiento de normas, actos administrativos y órdenes de emisión de resoluciones, por vía de Acción de Cumplimiento (Exp. N° 0168-2005-PC/TC, publicado el 03.10.2005)

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N° 0168-2005-PC/TC, publicada en la web del Tribunal el 03-10-2005, en la que se sentó una serie de criterios vinculantes referidos a la procedibilidad de la acción de Cumplimiento.

El caso se refiere a la contienda entablada por el señor Maximiliano Villanueva contra la Oficina de Normalización Previsional, para que ésta cumpla con determinar y ejecutar el pago de su pensión en conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 23908, que establece una pensión mínima no menor de 3 remuneraciones mínimas vitales, y reintegre las pensiones devengadas con sus correspondientes intereses legales. La ONP formuló su defensa argumentando que dicha norma fue derogada y que además no dispuso que fuera como mínimo tres veces más que el básico de un servidor público en actividad, que no se

equipara al ingreso mínimo legal, compuesto por el Sueldo Mínimo y bonificaciones. El demandante, ante ello, interpuso acción de cumplimiento contra la ONP ante el Primer Juzgado civil de la Corte Superior del Santa, que declaró fundada la demanda. Producida la apelación, se declaró improcedente la demanda aduciendo que el demandante no alcanzó el punto de contingencia antes del 19 de diciembre de 1992, fecha en que se derogó la referida ley.

El Tribunal Constitucional conocía el caso por la vía del recurso de agravio constitucional, declarando infundada la acción de cumplimiento, dado que al demandante se le reconoció el derecho a pensión a partir del 1 de diciembre de 1994; esto significa que el demandante alcanzó el punto de contingencia con posterioridad al 18 de diciembre de 1992, fecha en que la Ley N° 23908 fue derogada, por lo cual no le corresponde el beneficio de pensión mínima establecido en dicha norma.

En esta sentencia el Tribunal ha sido claro en determinar el objetivo que persigue la Acción de Cumplimiento: *ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) dé cumplimiento, en cada caso concreto, a una norma legal, o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución o dictar un reglamento* (Fundamento 13). En consecuencia, define el grado de compulsión a que la autoridad pública queda sujeta en virtud de este proceso constitucional, cuando señala que: *el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte* (Fundamento 16)

En cuanto al aspecto de la procedibilidad de la acción, el colegiado señaló una serie de requisitos mínimos que deben reunir las normas, actos administrativos u órdenes de emisión de resoluciones de las que se pretende obtener su cumplimiento: *a) Ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo, c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y e) ser incondicional.* (Fundamento 14)

De manera adicional, establece ciertos requerimientos para el caso del cumplimiento de actos administrativos, amén de los anteriores: *f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) permitir individualizar al beneficiario* (Fundamento 14).

4. Concepto y delimitación del derecho de reunión

El derecho a reunión ha recibido un tratamiento interesante en la sentencia recaída en el expediente 4677-2004-PA/TC, referido a una Acción de Amparo interpuesta por la Confederación General de Trabajadores del Perú

(CGTP) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que la declaró infundada la misma. La controversia se inicia cuando la CGTP interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, solicitando que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N° 060-2003, que declara zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección dentro del centro histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, pues considera que vulnera sus derechos fundamentales de reunión y de participación política.

La sentencia es interesante porque en ella el Tribunal ha asumido una posición clara respecto al concepto y delimitación del derecho de reunión, así como su relevancia en épocas electorales y el modo en que interactúa con otros intereses tutelables, como los demás derechos fundamentales y, en especial, el libre tránsito. Estos aspectos se desarrollarán brevemente a continuación.

El Tribunal, luego de una interpretación teleológica del artículo 200° 2 de la Constitución, sostiene que el propósito de la norma es evitar que los procesos de amparo devengan en una vía en la que pueda enjuiciarse en abstracto la validez constitucional general de las normas tanto legales como infralegales o reglamentarias, con miras a expulsarlas del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, declara imposible evaluar la constitucionalidad del decreto de alcaldía cuestionado desde una perspectiva abstracta (Fundamento 2).

El derecho de reunión ha sido definido en el Fundamento 14 como: «*..la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes*». El Tribunal ha complementado esta idea suscribiendo la posición asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consistente en que la libertad de expresión constituye uno de los mecanismos principales que aseguran el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación. (Fundamento 14).

El contenido constitucionalmente protegido de este derecho, desarrollado ampliamente en el Fundamento 15, abarca los siguientes aspectos:

Subjetivo: Es un derecho de titularidad individual, pero sólo ejercitable colectivamente, por un grupo de personas con fines en esencia comunes. Esta finalidad es la que permite distinguirlo de las simples aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad.

Temporal: Este derecho se ejerce mediante una manifestación temporal o efímera, incluso en supuestos en que la manifestación sea periódica. Tal característica permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el

artículo 2º 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, cierta continuidad temporal y que genera el surgimiento de una entidad jurídica.

Finalista: El requisito fundamental para su ejercicio es que la finalidad sea lícita, lo cual no sólo debe predicarse del propósito de la reunión, sino de los medios para que sea alcanzados. El mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas no forma parte del ejercicio válido del derecho, por lo cual los individuos involucrados en el evento dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho cuando ello se produce, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, con medidas razonables y proporcionales por la autoridad pública.

Real o espacial: se ejerce en un lugar concreto. El artículo 2º 12 de la Constitución establece que los lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, plazas o vías públicas. La selección del lugar es vital para el libre ejercicio del derecho, puesto que muchas veces éste sólo puede alcanzar su propósito en proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, etc. Sin embargo, esta elección no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues pueden ponerse en peligro determinados bienes constitucionalmente protegidos.

Eficacia inmediata: El hecho de que el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio del derecho es imprescindible la autorización previa de autoridad pública. Pero el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. En el caso de reuniones en plazas o vías públicas, se ha establecido un instrumento para armonizar su ejercicio con las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente: la autoridad debe tomar noticia del evento con antelación suficiente a efectos de tomar providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y proporcionalmente represiva frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Es importante indicar que el Tribunal valoró de modo particular la trascendencia de este derecho en el contexto electoral: los alcances de los límites a este derecho fundamental, deberán resultar particularmente restringidos en tiempos de elecciones, pues son épocas en las que la necesidad de la expre-

sión e intercambio de ideas, tanto de las agrupaciones políticas, en particular, como de la ciudadanía, en general, alcanza su punto más elevado. (Fundamento 19).

Asimismo, ha establecido límites y restricciones al derecho de reunión. Se permite a la autoridad prohibir su ejercicio *«por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas»*. Desde luego, cuáles sean esos concretos «motivos probados» o los alcances específicos de lo que deba entenderse por «seguridad pública» o «sanidad pública», deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. El Tribunal desarrolla además los alcances de la seguridad, salud y sanidad públicas, el orden público y respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros, como límites al derecho materia de análisis. En cuanto a ello, señala que la Seguridad Pública *no sólo queda referida a la seguridad ciudadana, sino también, en los términos de la Convención* (en referencia al artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos), *a la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, ... queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros; como, por lo demás, viene impuesto a partir de una interpretación unitaria de la propia Carta Fundamental (principio de unidad de la Constitución)* (Fundamento 17).

El Tribunal ha establecido también que la prohibición del ejercicio del derecho a reunión debe realizarse por motivos debidamente probados, en respeto al artículo 2 numeral 12 de la Constitución. En ese sentido, señala que *No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas*. Se complementa esto con el señalamiento de que la prohibición debe ser la ultima ratio de acción de la autoridad pública, debiendo preferir antes las medidas restrictivas (modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario de la reunión) (Fundamento 18).

En lo referido a los espacios de ejercicio del derecho a reunión, el colegiado sostiene que las vías públicas son, por antonomasia, áreas destinadas al ejercicio de otro derecho fundamental: el de libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución). Empero, la inevitable restricción al derecho al libre tránsito que el ejercicio del derecho de reunión en una vía pública generará, en ningún caso podrá considerarse causa suficiente para prohibir el ejercicio del derecho de reunión, inclusive si se trata del Centro Histórico (Fundamentos 30 y 31). En tal sentido, pasa a evaluar las formas en que el derecho a reunión en el Centro Histórico puede ser

materia de restricción, atendiendo a los siguientes criterios: considerando la estrechez de las calles del Centro Histórico y la congestión vehicular en ciertas horas es constitucional la restricción de horarios específicos para las reuniones, a fin de proteger su ejercicio y a la vez respetar otros derechos fundamentales de terceros, como el libre tránsito y el derecho a la empresa; la PNP puede adoptar medidas represivas necesarias frente a reuniones en plazas o vías públicas cuando los celebrantes no cumplan con avisar previamente a la autoridad competente del objeto, lugar o recorrido, fecha u hora de la reunión; puede restringirse la reunión si afecta manifiestamente las normas administrativas que regulan los niveles máximos permitidos de incidencia acústica; en cumplimiento de normas penales correspondientes, podrá detenerse a toda persona que atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, que públicamente hace la apología de un delito o que haya sido condenada como su autor o partícipe, que atenta contra el transporte público; que impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento de los transportes en una vía pública ajena al lugar o recorrido programado para la reunión y, en fin, la que incurra en cualquier atentado contra el orden público, bienes o personas (Fundamentos 38 a 41).

La sentencia declaró fundada la demanda, ordenando a la Municipalidad de Lima a abstenerse de aplicar el inciso f) del artículo 132° de la Ordenanza Municipal N.º 062-MML y el Decreto de Alcaldía N.º 060-2003, pudiendo restringir o prohibir el ejercicio del derecho de reunión atendiendo a los criterios señalados en la sentencia.

5. *Derecho a la gratuidad de la enseñanza (Exp. 0606-2004-AA/TC , publicado el 16.08.2005)*

El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 0606-2004-AA/TC, publicada el 16 de agosto de 2005, los alcances del derecho a la gratuidad de la enseñanza, con motivo de una acción de amparo interpuesta por Victor Manuel Otoya Petit contra la Universidad Nacional Federico Villarreal. El demandante afirmó que la emplazada le exigió el pago de cierta suma de dinero por concepto de pensión de enseñanza, en virtud a la Resolución C.R. N° 1193-2000, de fecha 17 de abril de 2000, emitida con posterioridad a la fecha en que el demandante había ingresado a la Universidad en la modalidad de segunda profesión, lo cual representa, entre otras cosas, una violación al derecho a la gratuidad de la enseñanza y a otros derechos constitucionales más como el debido proceso, la igualdad y el principio de no retroactividad de las normas.

El Colegiado señaló que el artículo 17 de la Constitución establece las condiciones para que el derecho a la gratuidad de la enseñanza sea garantizado en las universidades públicas: mantener un rendimiento satisfactorio y no contar con recursos económicos necesarios (Fundamento 13). En tal sentido, ha desarrollado el contenido de cada uno de tales requisitos, conforme la siguiente fórmula:

Cuando la Constitución prescribe como requisito mantener un rendimiento satisfactorio, éste debe ser verificado en un breve período en el que la Universidad pueda concluir que, efectivamente, hay un rendimiento académico de ese tipo. Lo razonable será un semestre o año académico, según como esté organizado el plan curricular de cada Universidad en particular. (...) Añadido inseparablemente a este requisito está el de la precariedad de los recursos económicos, pues ambas condiciones son consustanciales para la gratuidad de la enseñanza universitaria.

A partir de estos requisitos el Tribunal estima, en principio, que el hecho de que se trate de una segunda carrera profesional no supone la pérdida del derecho a la gratuidad, toda vez que conforme advierte el Tribunal «... debe entenderse que el alumno, aunque sea por segunda carrera, tiene derecho a optar por becas o semibecas que alivien su carga económica y no se frustre sus deseos de superación profesional, pues es a través de estos mecanismos que el Estado garantiza la gratuidad de la enseñanza en las universidades públicas» (Fundamento 13, tercer y cuarto párrafos).

En el caso específico, el Tribunal declaró infundada la acción de amparo, dado que el demandante no cumplió con demostrar la existencia copulativa de ambos requisitos *sine qua non* para efectos de exigir el derecho constitucional correspondiente. Es decir, según el Tribunal no acreditó tener buenas calificaciones y, al mismo tiempo, no carecía de recursos económicos.

6. Inconstitucionalidad de Decretos de Urgencia que suspenden importación de vehículos usados. Aplicación del principio *Iura novit curia*. (Exp. 708-2005-PA/TC publicado el 11.08.2005)

Se trata de la sentencia N° 708-2005-PA/TC, del 20 de abril de 2005, referida a una acción de amparo interpuesta por V.S. REPUESTOS DE CALIDAD S.A.C. contra la SUNAD, la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La demanda tiene como fin la declaración de inaplicable de la Circular N.° INTA-CR-46-2002, emitida por la Intendencia Nacional de Técnica Aduanera el 28 de junio del 2002, por vulnerar los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, a contratar libremente con fines lícitos y a la libre iniciativa privada. Refieren las demandantes que la circular mantiene vigente la suspen-

sión de importación de vehículos automotores usados de peso mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes y repuestos de uso automotor, establecida por los Decretos de Urgencia N° 140-2001 y 006-2002. En consecuencia, solicitan se autorice dicha actividad.

El Tribunal estimó que la circular cuestionada fue expedida en aplicación directa y expresa de los Decretos de Urgencia 140-2001 y 006-2002, por lo que para analizar su presunta lesividad cosntitucional es necesario extender el análisis a los referidos decretos: *...aunque las empresas recurrentes solo hayan demandado la inaplicabilidad de la Circular N.º INTA-CR-46-2002, se hace necesario verificar si los Decretos de Urgencia 140-2001 y 006-2002 resultan compatibles o no con la Constitución y particularmente con los derechos que ella reconoce. Por lo tanto, debe interpretarse el petitorio de la demanda con un alcance mucho más amplio que el establecido expresamente en su contenido, asumiendo que lo que se solicita, en el fondo, es también la inaplicabilidad de los citados Decretos de Urgencia. Este modo de raciocinio, por lo demás, encuentra plena justificación en el principio iura novit curia previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional (Fundamento 2).*

En el desarrollo de los fundamentos, el Tribunal apeló a una sentencia en la que trató los alcances del Decreto de Urgencia cuestionado. En efecto, en la sentencia N° 008-2003-AI/TC, el Colegiado señaló que *...la legitimidad de los Decretos de Urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118º de la Constitución establece que los Decretos de Urgencia deben versar sobre «materia económica y financiera (Fundamentos 59, 60 y 61 de la Sentencia N° 008-2003-AI/TC).*

Y en la sentencia que es materia de actual resumen afirmó que la materia económica, interpretada a la luz del principio de separación de los poderes, debe ser entendida como el contenido más que el continente del Decreto de Urgencia, pues, estrictamente hablando, *pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria.* Señala además que sería irrazonable entender que el contenido económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en muchos casos, las medidas económicas buscan la consecución de otros fines, principalmente de índole social (Fundamento 7).

Estableció un conjunto de criterios a los que debe responder la emisión de los Decretos de Urgencia: a) Excepcionalidad, entendida como la intención de revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia dependa de datos fácticos previos antes de su promulgación y objetivamente identificables; b) Necesidad, consistente en que las circunstancias deben ser tales que el tiempo que demande la emisión de una ley ordinaria impida la prevención de daños o que los existentes se conviertan en irreparables; c) Transitoriedad, entendida como que las medidas adoptadas no deben prolongarse más de lo necesario para revertir la situación; d) Generalidad, consistente en que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos a intereses determinados, sino que deben alcanzar a toda la comunidad; y e) Conexidad: visible vinculación inmediata entre medida aplicada y circunstancias extraordinarias existente, lo que significa que la facultad de expedir Decretos de Urgencia no autoriza a incluir en él cualquier género de disposiciones (Fundamento 7).

Señaló también el Colegiado que las medidas extraordinarias y los beneficios derivados de la aplicación de un Decreto de Urgencia deben surgir de su propio contenido y no de acciones diferidas en el tiempo o de delegaciones normativas (Fundamento 7).

De este modo, conectando la Circular cuestionada con los decretos de Urgencia en referencia, estableció que, «...en la medida en que la Circular N.º INTA-CR-46-2002 ha sido aprobada con la idea de concretizar los mandatos del artículo 1º del Decreto de Urgencia 140-2001, el solo hecho de que esta última norma no responda a los elementos que justifican su emisión de acuerdo con la Constitución, convierte la circular cuestionada en un elemento igual de inconstitucional, que, como tal, resulta evidentemente lesivo de los derechos fundamentales de las empresas recurrentes, particularmente los relativos a la libertad de contratación y a la libre iniciativa privada. En dicho contexto, se hace correlativamente necesario disponer, junto con la inaplicabilidad de la citada circular, la del Decreto de Urgencia que le sirvió de origen.» (FJ. 13º)

7. Jurisprudencia del TC en materia Tributaria

Durante el periodo que es objeto de resumen, la actividad del Tribunal ha seguido siendo trascendente en el afán de dar contenido a los derechos del contribuyente y delimitar las potestades de fiscalización de los órganos de la administración fiscal. El amparo ha seguido siendo una vía eficaz en este sentido, pues ha permitido evidenciar una vez más, que la vigilancia constitucional de la actuación recaudatoria o fiscalizadora de la

administración Tributaria es un espacio donde es siempre posible los excesos y la arbitrariedad. A continuación se resumen algunas de las decisiones más trascendentes:

a) Inconstitucionalidad de la regla *Solv et repete* (Exp. 930-2004-AA/TC)

El Tribunal expidió la sentencia 930-2004-AA/TC publicada en la web del TC el 24 de agosto de 2005 resolviendo la demanda de amparo interpuesta por la empresa TRIPLAY IQUITOS S.A. contra la SUNAT de Iquitos, por la que solicitó la declaración de nulidad de las resoluciones del Tribunal Fiscal N° 02180-1-2002 y 10302-1-2001 y la resolución de Intendencia N° 125-1-01457. Manifiesta que se con ellas se afectaron sus derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la propiedad, pues no se le ha reconocido el beneficio de la exoneración tributaria a la que tiene derecho hasta el 31 de diciembre del 2000, según el artículo 71 de la Ley 23407; y por exigirle inconstitucionalmente el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria para así poder acceder al contencioso-administrativo.

En sus fundamentos, el Tribunal aclara que las resoluciones impugnadas tienen su origen en la RTF 07964-1-2001 (24.9.01), por la que el Tribunal Fiscal las confirma en el extremo de que la exoneración tributaria de la que podía gozar la empresa TRIPLAY IQUITOS, según la Ley 23407 era únicamente hasta diciembre de 1997.

El Tribunal ha reiterado en esta oportunidad lo señalado en el fundamento 7 de la sentencia 3548-2003-AA respecto a la regla *Solv et repete*: «*que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un Tribunal de justicia [...]*» (Fundamento 6).

En consecuencia, se pronunció en el sentido de que la exigencia de cancelar lo adeudado para poder acceder a la vía contencioso administrativa, afecta los derechos de acceso a la justicia e igualdad, por lo cual declaró, en este extremo, fundada la demanda, ordenando al Tribunal Fiscal que admita a trámite la demanda contencioso administrativa presentada por TRIPLAY IQUITOS S.A¹.

1. Debe advertirse que conforme al artículo 1° de la Ley N° 28365, que modificó el artículo 157 del Código Tributario, publicada el 24-10-2004, la demanda contencioso administrativa, ya no se presenta ante el Tribunal Fiscal sino ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas. (N. del E.)

b) No confiscatoriedad y proceso de amparo (Exp. 2776-2004-AA/TC, publicado el 05.10.2005)

El Tribunal reitera un criterio ya establecido con anterioridad respecto a la imposibilidad de que por la vía del amparo se cuestione, en abstracto, una norma denunciándola como confiscatoria. Se tratada en esta ocasión del cuestionamiento que hacía «Bingos Montecarlo SAC « respecto de algunos artículos de la ley N° 27153, así como respecto de su ley Modificatoria la N° 27796 por considerar que dichos dispositivos violaban los derechos de la recurrente a la propiedad, reserva de Ley, igualdad y fundamentalmente, el principio de no confiscatoriedad.

Al resolver el caso, el Tribunal recuerda que si bien «...declaró la inconstitucionalidad de dichos artículos, (se refiere a los artículos 38° y 39° de la Ley N.° 27153, STC 0009-2001-AI/TC), tomando en cuenta una combinación de factores, entre ellos, que con el nombre de impuesto a la explotación la metodología impositiva de la ley gravaba, en realidad, utilidades, por la excesiva alícuota del impuesto, y por el hecho de que recaía sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de utilidades, las cuales, además, no eran consideradas como pago a cuenta para el Impuesto a la Renta». No obstante, también precisa que «Dichos dispositivos, luego de declarada su inconstitucionalidad, fueron sustituidos por el artículo 17° de la Ley 27796, modificándose la base imponible, reduciéndose la tasa de la alícuota de 20% al 12%, e incorporando la posibilidad de deducir gastos por mantenimiento».

En su consideración más relevante, el Tribunal recuerda lo establecido en el Expediente N° 2727-2002-AA/TC, donde se precisó «que el principio de no confiscatoriedad tenía la estructura propia de lo que se denomina un ‘concepto jurídico indeterminado’. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no podía ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debía ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estuvieran obligados a sufragarlo; de modo que, si la empresa recurrente alega que, aun con las modificaciones establecidas, la supuesta confiscatoriedad del impuesto pervive en su caso, ha debido demostrarlo».

De este modo el Tribunal concluyó que el proceso de amparo no ofrecía el espacio adecuado para que se realizaran complicadas operaciones de peritajes que determinen si la norma en cuestión resultaba o no confiscatoria en el caso de autos. En este sentido señaló que «...Para que se acredite de manera fehaciente la vulneración de derechos en este tipo de controversias, y tomando en cuenta que debido a la naturaleza del proceso no

es posible llevar a cabo un peritaje especial que demuestre la confiscatoriedad alegada en este caso; es necesario que los medios probatorios que se actúen, no sólo den certeza de las afectaciones económicas declaradas por los demandantes, sino que demuestren su relación con la aplicación del impuesto cuestionado; de igual forma, que no dejen duda en cuanto a la imparcialidad de quien elabora los estados financieros», por lo que declaró infundada la demanda en cuestión.

c) Principio de No Confiscatoriedad de Tributos: Confiscatoriedad por sumatoria de tributos. Carga Probatoria para demostrar la confiscatoriedad. (Exp. 2302-2003, publicado en la web del TC el 30 de junio de 2005)

Esta decisión ya la habíamos mencionado al referirnos a la cuestión previa en el proceso de amparo por impugnación de normas autoaplicativas. No obstante también respecto del fondo sus implicancias son importantes. En este caso el recurrente solicitó la inaplicación de los artículos 48° al 53° del Decreto Legislativo N° 776, referido al Impuesto a los Juegos y el artículo 9°, inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, por considerar que las referidas normas vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, a la propiedad, a la iniciativa privada, a la no confiscatoriedad de los tributos y al respeto del principio de legalidad.

Alega que, al ser gravado por el impuesto a los Juegos (administrado por la Municipalidad), y, el Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas (administrado por la SUNAT), el pago de ambos tributos resultan confiscatorios a su propiedad, al gravar doblemente a una misma actividad comercial, lo cual le ha generado pérdidas en el ejercicio 2000/2001; adjuntando, como prueba de ello, el estado de ganancias y pérdidas de su empresa. En diversas jurisprudencia el Tribunal Constitucional había señalado que « (...) se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además ha considerado a esta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de constitución económica» (STC N.º 2727-2002-AA/TC). En la misma sentencia, calificó al principio de confiscatoriedad como un «concepto jurídico indeterminado», pues «su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.

En tal sentido, cabe analizar la confiscatoriedad de acuerdo a cada caso en concreto. Por tanto, al alegar el recurrente confiscatoriedad de tributos porque dos tributos gravan su actividad económica, cabe preguntarse ¿se vulnera el principio de no confiscatoriedad de manera automática, si una misma actividad sirve de base para gravar dos impuestos distintos?. La respuesta es negativa. Y es que, la capacidad contributiva de una persona es una sola (cuestión distinta a su expresión en diversas manifestaciones), y todos los tributos que recaen en el mismo contribuyente afectan un mismo patrimonio. En ese sentido, la confiscatoriedad no se configura por sí misma si un mismo ingreso económico sirve de base imponible para dos impuestos, sino más bien, en estos casos, lo que deberá analizarse es si, a consecuencia de ello, se ha originado una excesiva presión tributaria sobre el contribuyente, afectando negativamente su patrimonio (...) las alegaciones de confiscatoriedad sea por un tributo excesivo o por doble o múltiple imposición, no son inconstitucionales por sí mismas; y, en cada caso, su afectación deberá evaluarse dependiendo de la situación económica de cada contribuyente».

En consecuencia, en el presente caso, para alegar la confiscatoriedad por la sumatoria de tributos, es necesario que el recurrente acredite la afectación real al patrimonio de la empresa. Y en este extremo, el Tribunal Constitucional coincide con el *a quo* y el *a quem* en desestimar la demanda; debido a que, «...la empresa demandante anexa como medio probatorio para demostrar la confiscatoriedad en su caso, «un estado de ganancias y pérdidas comparativo» elaborado por la propia empresa (...) A nuestro juicio, el referido documento no puede ser admitido de ninguna manera como prueba fehaciente para acreditar la situación económica de la empresa y, por consiguiente, para demostrar la confiscatoriedad de tributos; en primer lugar, porque no pueden admitirse como medios probatorios válidos aquellos que representan autoliquidaciones del propio contribuyente, pues restan imparcialidad a lo declarado, en todo caso, están sujetos a revisión. Este es justamente el criterio bajo el cual, este Tribunal desestima como elementos probatorios válidos, las declaraciones juradas».

El Tribunal Constitucional concluye señalando que, «en los casos que se alegue confiscatoriedad, es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada. De lo contrario, corresponderá atender este tipo de procesos en otra vía, donde sí puedan actuarse otros medios de prueba y proceda la intervención de peritos independientes que certifiquen las afectaciones patrimoniales a causa de impuestos». Por lo tanto, desestimó la demanda por no haberse acreditado la confiscatoriedad por la sumatoria de tributos alegada.

1. Alcances del Principio de Reserva de Ley en materia tributaria

El recurrente solicita la inaplicación del artículo 9º, inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, por considerar que vulnera el principio de reserva de ley en materia tributaria, pues fija la tasa de impuesto mediante una norma reglamentaria, como es el Decreto Supremo, y no por Ley.

Antes de analizar el petitorio, el Tribunal Constitucional afirma que al existir confusión entre el principio de legalidad y el de reserva de ley, es necesario deslindar identidad entre ellos, señalando que *«...mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias»*.

Continúa indicando que: *«En materia tributaria, el principio de legalidad implica, pues, que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, debe estar sometida no sólo a las leyes pertinentes, sino, y principalmente, a lo establecido en la Constitución. A diferencia de este principio, la reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley. El respeto a la reserva de ley para la producción normativa de tributos tiene como base la fórmula histórica «no taxation without representation» – es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir»*.

El Tribunal Constitucional acepta que la reserva de ley en materia tributaria consagrada en la Constitución, es una reserva relativa, por lo que acepta admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. En otras palabras, *«...el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia»*.

Con respeto al cuestionado inciso a) del Decreto Supremo N° 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, que fija la tasa del impuesto por derivación del artículo 61º del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, que señala: *«Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos...»*. El Tri-

bunal Constitucional recuerda que en la STC N° 2762-2002-AA/TC, había declarado que a través del artículo 61°, antes citado, el legislador había dado carta abierta al Ejecutivo para que disponga las modificaciones de las tasas, constituyendo una remisión en blanco o deslegalización, *«permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa»*.

Concluyendo que en el caso concreto, sí se ha vulnerado el principio de reserva de ley al no haberse fijado topes para que la Administración establezca la tasa del impuesto; puesto que *«...en la medida que la alícuota también forma parte esencial del hecho imponible; debido a que el quantum del impuesto está directamente relacionado con el carácter no confiscatorio del impuesto, elemento que sólo puede estar regulado de manera clara y precisa en la ley. Lo que no obsta a que el Decreto Supremo pueda complementar al mismo, en el marco, por ejemplo, de topes máximos y mínimos que hubiera establecido la ley o de la forma de determinación del monto»*; declarando en este extremo fundada la demanda de amparo, y en consecuencia inaplicable al recurrente el inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo N° 095-96-EF.

