

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL 2005

Por EDGAR CARPIO MARCOS*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CARGA DE TRABAJO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. LAS PRINCIPALES DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: A) El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos fundamentales: a) *Precedentes vinculantes*: a') Vigencia del Código Procesal Constitucional y aplicación de sus reglas a los procesos de tutela de derechos iniciados con anterioridad. b') Criterios de admisibilidad del amparo en materia pensionaria. c') Cómputo del plazo de la prisión preventiva y acumulación de proceso en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad. d') Derecho a participar en la vida política e inhabilitación política del Congreso. e') Criterios de admisibilidad de las demandas promovidas en el seno del proceso de cumplimiento. f') Amparo en materia laboral y el principio de residualidad del amparo. g') Ratificación judicial y derecho a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura. h') Derecho de reunión y proceso electoral. b) *Decisiones trascendentes*: a') *Ius connubii*, derecho al libre desarrollo de la personalidad, principio de dignidad humana y transexualismo. b') Libertad de culto y sepultura. c') Derecho a la salud y enfermos de SIDA. d') Derecho de acceso a la justicia y *solve et repete*. e') Estado de cosas inconstitucionales y proceso de cumplimiento. f') Amparo contra Amparo. B) Tribunal Constitucional y el control abstracto de constitucionalidad de leyes: a) *Límites constitucionales al ejercicio de la potestad tributaria municipal*. b) *Reforma constitucional del sistema pensionario*. c) *Himno Nacional de la República del Perú*. d) *La inconstitucionalidad de una ley penal favor rei y la lucha anticorrupción*. e) *Legalización del cultivo de la hoja de coca y reparto competencial entre Gobierno Central y Regiones*. C) Tribunal Constitucional y conflictos entre órganos constitucionales.

* Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Lima y de San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional ha tenido una vida azarosa. Creado por la Constitución de 1993, después de vencerse la férrea resistencia de la mayoría fujimorista, que hasta el final porfío por no introducir un órgano *ad hoc* de control de constitucionalidad, éste sólo empezaría a funcionar a partir de junio de 1996, después de la elección de sus primeros 7 magistrados.

Antes de que se produzca dicho nombramiento, el Parlamento había aprobado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Núm. 26435), estableciendo, entre otros temas polémicos, que para que se declarase la inconstitucionalidad de una ley, se tuviese que contar necesariamente con el voto conforme de 6 de los 7 magistrados que lo integran (art. 4º). Y si no se alcanzaba tan alta votación, se considerase a las normas impugnadas como constitucionalmente válidas, sin la menor posibilidad de que los jueces ordinarios la pudieran inaplicar, pese a que la Constitución de 1993 había optado por establecer un modelo de jurisdicción constitucional dual. Al sistema irrazonable de votación que se estableció, se agregó la elección de 2 magistrados afines al régimen fujimorista, cuyos votos a favor de las leyes dictadas por el Gobierno impedían que el Tribunal desarrollase eficazmente su labor de órgano de control de la constitucionalidad.

Poco tiempo después, y antes de que se cumpliera el año de funcionamiento, 3 Magistrados del Tribunal fueron arbitrariamente destituidos por la mayoría parlamentaria fujimorista, tras declarar inconstitucional la ley de re-reelección presidencial¹. Hubieron de transcurrir cerca de 4 años para que, con su reincorporación durante el Gobierno democrático de don Valentín Paniagua Corazao, el Tribunal volviera a la normalidad y funcionara plenamente. Desde entonces, y particularmente después de la elección de 4 nuevos magistrados constitucionales (en junio de 2001), la labor desplegada por el Tribunal ha cambiado por completo la forma de entender el derecho constitucional de nuestro país.

Sería largo y farragoso precisar aquí los aportes del Tribunal al proceso de transición democrática en el que hemos estado inmersos. Tal vez éste pueda resumirse poniendo en evidencia que es por obra del Tribunal que una Constitución concebida para tiempos de dictadura, venga siendo entendida y aplicada en clave democrática. Sea, en definitiva, una Constitución acorde con el tiempo de los derechos, como hubiera gustado decir a Norberto Bobbio.

¹ Cf. sobre el particular, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 56, Madrid, 1999, pp. 11 y ss.

2. LA CARGA DE TRABAJO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La nueva imagen que proyecta el Tribunal Constitucional, la institución con mayor aceptación popular después de la Iglesia Católica según encuestas de opinión pública, se ha visto reflejada en el incremento de causas sometidas a su conocimiento, si es que se la compara con la que ingresó en el quinquenio precedente, como se puede ver en los siguientes cuadros:

CUADRO NÚM. 1
RELACIÓN DE EXPEDIENTES INGRESADOS
ENTRE LOS AÑOS 1996-2001

<i>Años</i>	<i>Total</i>
1996	1,228
1997	1,555
1998	1,242
1999	1,371
2000	1,439
2001	1,585
Total	8,420

Fuente: Tribunal Constitucional.

CUADRO NÚM. 2
RESUMEN DE EXPEDIENTES INGRESADOS
ENTRE LOS AÑOS 2002-2005

<i>Años</i>	<i>Total</i>
2002	3,094
2003	3,822
2004	5,104
2005	10,817
Total	22,837

Fuente: Tribunal Constitucional

Los factores que han contribuido con este aumento de su carga son diversos. Aunque pueda causar cierta perplejidad a un observador extranjero, es claro que el primero de ellos tiene que ver con la independencia del Tribunal respecto de los clásicos poderes políticos. Construirlo, después de los graves problemas afrontados durante el quinquenio pasado, ha supuesto someterse a un plebiscito de todos los días, que empezó a realizarse con la ya lejana STC 0010-2002-AI/TC², mediante la cual el Tribunal sometió al control abstracto de constitucionalidad la legislación antiterrorista dictada durante el gobierno de facto de Fujimori, en 1992.

² El Tribunal Constitucional no numera sus sentencias ni resoluciones. En ese sentido, la numeración que se consigna (y se hará en lo sucesivo) es la que corresponde al Expediente en el que se dicta.

No es ajeno a esta sobrecarga, la a veces exagerada flexibilidad con que el Tribunal ha determinado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Aunque nunca sea demasiada la sensibilidad para con los derechos que deba esperarse (y exigirse) de todo Tribunal, es lo cierto que frente a un Tribunal cuya independencia estuvo seriamente cuestionada en el quinquenio pasado, su recomposición la ha convertido en una instancia mediadora entre la sociedad y el Estado para canalizar las demandas sociales reprimidas durante la década de los 90.

En el ámbito de la jurisprudencia constitucional, ello se ha reflejado no sólo en el número importante de sentencias estimatorias dictadas en los procesos de tutela de derechos, sino también en cierto activismo del Tribunal, sólo comprensible en un régimen de transición democrática, y ante la existencia de una clase política seriamente desprestigiada.

No es extraño, por ello, que gran parte de la carga de trabajo del Tribunal haya estado relacionada con la tutela de los derechos fundamentales. En efecto, del 100 por cien del total de expedientes ingresados en el año 2005 (10,817), los procesos de tutela de derechos fundamentales representan el 95.94% de su carga total (10,378), como puede observarse en el siguiente cuadro³.

CUADRO NÚM. 3
RESUMEN DE EXPEDIENTES INGRESADOS EN EL AÑO 2005

Año	Hábeas corpus	Hábeas data	Quejas	Proceso de inconstitucionalidad	Proceso de cumplimiento	Conflicto de competencias	Proceso de amparo	Total
2005	970	13	398	35	1,794	6	7,601	10,817

Fuente: Tribunal Constitucional.

A su vez, del total de resoluciones pronunciadas durante el año 2005, los pronunciamientos recaídos en procesos de tutela de los derechos fundamentales, con excepción del recurso de queja, ascienden al 94.61% (6,664), como puede observarse del cuadro siguiente.

CUADRO NÚM. 4
SENTENCIAS/RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL PERÍODO 2005

Año	Hábeas corpus	Hábeas data	Quejas	Proceso de inconstitucionalidad	Proceso de cumplimiento	Conflicto de competencias	Proceso de amparo	Total
2005	545	9	330	40	1,222	9	4,888	7,043

Fuente: Tribunal Constitucional.

³ Los porcentajes indicados no incluyen el recurso de queja, que es un medio impugnatorio que se promueve ante la denegatoria del recurso de agravio constitucional para acceder al Tribunal Constitucional, en los procesos de tutela de los derechos fundamentales, cuyas 2 primeras instancias competentes para conocerlos, por cierto, son órganos de la jurisdicción ordinaria.

No existen cifras oficiales sobre el porcentaje de sentencias estimatorias/desestimatorias. Sin embargo, puede afirmarse que en el año 2005 el número de sentencias estimatorias ha decrecido sensiblemente. Ello también obedece a diversos factores, de entre los cuales seguramente el que más ha pesado es el establecimiento de 2 precedentes importantes, en materias previsional y laboral, que son las materias donde se concentraba un importante porcentaje de la carga de trabajo del Tribunal. Su dictado ha redireccionado las exigencias de tutela de los derechos relacionados con dichas materias hacia los procesos ordinarios, tras la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social (derecho a la pensión) y, en el ámbito laboral, la imposición de sortearse las exigencias derivadas del principio de residualidad del amparo, conforme al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

3. LAS PRINCIPALES DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En un universo de más de 7000 pronunciamientos, ciertamente no deja de ser arbitrario que aquí sólo se rescaten un número de fallos inferior al 5%. Sin la advertencia del caso, seguramente ello pudiera entenderse como que la cantidad ha conspirado contra la calidad de sus decisiones. Sin embargo, las exigencias derivadas de las demandas de justicia constitucional no necesariamente se han traducido en el sacrificio de su labor pedagógica, aunque sí ha impedido que esa tarea se efectúe en todas y cada una de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Por ello, con el afán de presentar una muestra lo más representativa de la jurisprudencia en el período, se ha optado por clasificar sus pronunciamientos más significativos en 3 apartados, que engloban las competencias constitucionalmente asignadas al Tribunal. A saber: a) Procesos de tutela de los derechos fundamentales (que, a su vez, comprende las sentencias dictadas en los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento); b) Proceso de control normativo; y c) Proceso competencial.

A) El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos fundamentales

Como se ha anticipado, gran parte de la carga de trabajo del Tribunal peruano se concentra en la tutela de los derechos fundamentales. Esta labor se despliega en el conocimiento de 4 procesos constitucionales. De acuerdo con el artículo 202.2 de la Constitución de 1993, en efecto, el Tribunal es competente para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas copus, amparo, hábeas data y el pro-

ceso de cumplimiento. Con excepción del amparo contra resoluciones judiciales, las 2 instancias previas a la del Tribunal, están constituidos por los primeros 2 órdenes jurisdiccionales del Poder Judicial.

a) *Precedentes vinculantes*

Uno de los hechos más trascendentales vinculados con la actuación del Tribunal Constitucional en el periodo 2005, ha sido la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (Ley Núm. 28.237) en el último mes del año 2004⁴. Dicho Código, a parte de reordenar las reglas de los procesos constitucionales, ha atribuido al Tribunal de la facultad de dictar precedentes vinculantes cuando así lo exprese la sentencia que adquiere autoridad de cosa juzgada, debiendo el Tribunal, a tal efecto, precisar el extremo de su «efecto normativo» (artículo VII del Título Preliminar).

En la STC 0024-2003-AI/TC, de 31 de octubre de 2005⁵, el Tribunal expondría el significado y la función que éstos están llamados a cumplir en la justicia constitucional. Según el Tribunal, «el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos (...) La fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos, y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia».

En ejercicio de tal atribución, y no siempre de manera fiel a la función asignada, el Tribunal dictó 17 precedentes vinculantes, los mismos que esencialmente se han expedido en el seno de los procesos constitucionales de la libertad⁶. Entre los más importantes, se encuentran los siguientes.

⁴ El Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004 y de conformidad con la segunda disposición de sus Disposiciones Transitorias y Derogatorias, entró en vigencia a los 6 meses de su publicación, esto es, el 1 de diciembre de 2004.

⁵ La fecha que se indica es la de publicación de la sentencia en la página web del Tribunal Constitucional, que casi nunca coincide con la expresada en la propia sentencia, pues normalmente ésta contiene la fecha en que la causa fue vista en audiencia pública; y tampoco con la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, que siempre es posterior, cuando se publica.

⁶ STC 3771-2004-HC/TC, de 2 de febrero de 2005, en materia de plazo razonable de

- a') Vigencia del Código Procesal Constitucional y aplicación de sus reglas a los procesos de tutela de derechos iniciados con anterioridad

El primer precedente sería el dictado con la STC 3771-2004-HC/TC, de 2 de febrero de 2005. En dicha sentencia, a la par de formalizarse como precedente vinculante su doctrina previa en materia de prisión preventiva⁷, el Tribunal tendría que afrontar el problema derivado de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional y, muy singularmente, de lo relacionado con la aplicación inmediata de las nuevas condiciones de la acción que éste contemplaba, incluso para los procesos en trámite, no previstas en la legislación procesal constitucional que ella derogaba. Y es que según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, «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».

La respuesta del Tribunal, expresada en la STC 3771-2004-HC/TC, sería la de establecer que la aplicación inmediata dependía de si la aplicación de las nuevas condiciones de la acción impedían un pronunciamiento sobre el fondo (Fund. Jur. N.º. 2 al 4). Si no lo hacían, se aplicaba inmediatamente el Código Procesal Constitucional. Si la situación era proporcionalmente inversa, la regla procesal aplicable era la contemplada en la

duración del encarcelamiento preventivo; STC 2798-2004-HC/TC, de 10 de febrero de 2005, aplicación del Derecho Internacional Humanitario y mandato de detención en casos de delitos de desaparición forzada; STC 3760-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005, inhabilitación política del Ex-Presidente Fujimori y ejercicio de derechos políticos; STC 1150-2004-AA/TC, de 3 de mayo de 2005, amparo y órganos públicos; STC 0731-2004-HC/TC, de 31 de mayo de 2005, detención domiciliaria y plazo razonable de duración; STC 2496-2005-HC/TC, de 3 de junio de 2005, aplicación en el tiempo de las leyes procesales penales; STC 1805-2005-HC/TC, de 30 de junio de 2005, autoría y participación en materia penal; STC 1417-2005-AA/TC, de 12 de julio de 2005, contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión; STC 0349-2004-AA/TC, del 16 de agosto de 2005, en materia de restricción de la libertad de tránsito; STC 1966-2005-HC/TC, de 2 de septiembre de 2005, responsabilidad de los entes administrativos; STC 0168-2005-AC/TC, de 3 de octubre de 2005, presupuestos procesales de la demanda de cumplimiento; STC 2616-2004-AC/TC, de 10 de octubre de 2005, STC 3482-2005-HC/TC, de 26 de octubre de 2005, restricciones a la libertad de tránsito (semejante a la STC 0349-2004-AA/TC); STC 2802-2005-AA/TC, de 13 de diciembre de 2005, Libertad de empresa y derecho de petición; STC 0206-2005-AA/TC, de 14 de diciembre de 2005, criterios de procedencia del amparo en materia laboral; STC 3361-2004-AA/TC, de 16 de diciembre de 2005, Ratificación judicial y derecho a la motivación y STC 4677-2004-PA/TC, de 25 de diciembre de 2005, sobre derecho de reunión.

⁷ Cf. STC 2915-2004-HC/TC, de 25 de noviembre de 2004.

legislación derogada pues, como es obvio, al justiciable no podía exigírsele que éstas se satisficieran, al ser jurídicamente inexistentes en el momento que se presentó la demanda. Dicho criterio, por lo general, ha sido respetado por el Tribunal, si bien al finalizar el periodo, ha establecido una excepción, en materia laboral⁸.

b') Criterios de admisibilidad del amparo en materia pensionaria

Tal vez el precedente más importante dictado en relación con su carga de trabajo sea la STC 1417-2005-AA/TC, de 12 de julio de 2005. Hasta antes de su expedición, la tutela dispensada por el Tribunal en materia de derechos pensionarios había sido bastante generosa, al extremo de acoger muchas veces pretensiones que estaban lejos de formar parte del contenido constitucionalmente declarado de los derechos que integran la seguridad social y, entre ellos, el relativo al goce de una pensión. Este exceso de tutela en materia pensionaria llegó al extremo de sobrecargar al Tribunal, a tal punto que, en promedio, muy cerca del 50% de su carga en materia de amparo versaba sobre este tema.

Aprovechando la demanda interpuesta por un ciudadano, que cuestionaba una resolución dictada por la Oficina Nacional de Normalización Previsional, mediante la cual se le había denegado su pensión de jubilación adelantada, el Tribunal Constitucional delimitaría el contenido constitucionalmente protegido en el amparo del derecho a la pensión, estableciendo cada una de las posiciones iusfundamentales que mediante este proceso se podrían tutelar, destacando, entre ellas, las siguientes:

- a) El respeto de las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones.
- b) El respeto de las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención del derecho a la pensión
- c) El goce de un mínimo vital de pensión indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir una subsistencia digna de la persona y la familia del pensionista.

⁸ En la STC 0206-2005-AA/TC, de 14 de diciembre de 2005, el Tribunal establecería una excepción, esencialmente en el ámbito de las pretensiones de tutela de derechos constitucionales en materia laboral, donde fuera de una lista tasada de supuestos previamente identificados por el propio Tribunal, éste derivó su conocimiento al ámbito de la jurisdicción ordinaria, tras aplicar un presupuesto procesal, *ex novo*, introducido por el Código Procesal Constitucional, como es el caso del principio de residualidad del amparo, contemplado en su numeral 5.2.

- d) El goce de una pensión de sobrevivencia de las viudas y menores (Fund. Jur. Núm. 37).

La delimitación, en esos términos, del ámbito protegido por el derecho a la pensión, propició que aproximadamente 2,500 demandas de amparo sobre temas afines fueran desestimadas mediante resoluciones, disponiéndose, a su vez, que su conocimiento se efectuara en el ámbito del contencioso administrativo.

- c') Cómputo del plazo de la prisión preventiva y acumulación de proceso en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad

En la STC 2798-2004-HC/TC, de 10 de febrero de 2005, el Tribunal tendría que analizar si el plazo legal máximo de detención, en caso de acumulación de procesos penales respecto de un procesado por delitos de lesa humanidad, debía computarse desde la fecha más antigua en que se dictó la medida cautelar o, por el contrario, si éste debía de computarse desde que se dictó la última medida cautelar. Después de dotar con el carácter de precedente vinculante al derecho a la protección judicial de las víctimas de violaciones de derechos humanos (Fund. Jur. N° 13), y precisar la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional Humanitario (Fund. Jur. N° 17), el Tribunal destacaría que los delitos de lesa humanidad no podían equipararse a los delitos comunes (Fun. Jur. 27), motivo por el cual el exceso de carcelería debería determinarse tomando «en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra» (Fund. Jur. N° 27).

- d') Derecho a participar en la vida política e inhabilitación política del Congreso

A poco tiempo de efectuarse la convocatoria al proceso de elecciones generales para elegir al Presidente de la República y a los representantes ante el Congreso, partidarios del ex-gobernante Fujimori Fujimori presentaron una demanda de amparo en su favor, peticionando se deje sin efecto la resolución legislativa que en el año 2001 el Congreso expidió, inhabilitándolo para ejercer funciones públicas por un período de 10 años. En la STC 3760-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005, después de recordar los motivos por los cuales se le había inhabilitado al ex-gobernante, el Tribunal Constitucional sostendría que la facultad cuyo ejercicio se cuestionaba respondía a la función constitucional de «tutela de los principios y valores democráticos» (fund. Jur. N° 21) que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se había conferido al Congreso de la República.

En base a ello, destacaría que mientras la resolución legislativa de inhabilitación «no sea derogada por el Congreso, o declarada su inconstitucionalidad, ésta produce plenos efectos» (Fund. Jur. N.º. 8); precisando, igualmente, que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, comprende la facultad de «(...) postular, concursar y en general acceder a cualquier cargo o función pública durante el período a que se refiere la resolución legislativa ya referida».

e') Criterios de admisibilidad de las demandas promovidas en el seno del proceso de cumplimiento

Otro precedente de gran incidencia en la labor del Tribunal también sería la STC 0168-2005-PC/TC, de 03 de octubre de 2005. Con ella, el Tribunal Constitucional replantearía su concepción en torno a la naturaleza del proceso de cumplimiento, uno de los nuevos institutos procesales incorporados en la Constitución de 1993. En efecto, si en la STC 0191-2003-AC/TC, el Alto Tribunal sostuvo que por su objeto, el proceso de cumplimiento no podía considerarse en rigor como un proceso constitucional, sino, a lo más, como un proceso «constitucionalizado»; en la STC 0168-2005-PC/TC el Tribunal variaría su criterio. A su juicio, tras el supuesto de procedencia marcado por la renuencia del funcionario y autoridad para cumplir con la ley o el acto administrativo, en los términos del inciso 6) del artículo 200 de la Constitución, subyacería la exigencia de tutela de un derecho fundamental innominado, el derecho «a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos», mismo que al no encontrarse expresamente previsto en la Ley Fundamental, se derivaría de sus artículos 3, 43 y 45.

Tras esta nueva configuración del proceso de cumplimiento, el Tribunal determinaría las características que debería tener el mandato contenido en la norma legal o el acto administrativo cuyo cumplimiento se puede exigir. Y así, por lo que hace a las características del mandato, el Tribunal recordaría su doctrina precedentemente establecida, en el sentido de considerarse que «(...) debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, susceptible de inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene y, (...) que se encuentre vigente». (STC 0191-2003-AC/TC, Fund. Jur. Núm. 6).

Por lo que hace a la pretensión de cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública que constitucionalmente se exige, el Tribu-

nal señalaría que el mandato «deberá contar con las siguientes características: a) Ser un mandato vigente. b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente 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. e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria».

Con la expedición de este precedente, el Tribunal pondría algunos diques a la admisibilidad de demandas de esta naturaleza, disponiendo que las pretensiones que no cumplan con estos presupuestos procesales, se conocieran a través del contencioso administrativo. Aunque en grado menor al amparo en materia previsional, el número de demandas de cumplimiento constituían un porcentaje apreciable en la carga de trabajo del Tribunal que, con esta sentencia, virtualmente terminaban endosadas al Poder Judicial.

f) Amparo en materia laboral y el principio de residualidad del amparo

La utilización de la figura del precedente como herramienta fundamental de la política jurisdiccional del Tribunal Constitucional para contrarrestar su virtual ahogamiento, se volvió a manifestar con la STC 0206-2005-AA/TC, de 14 de diciembre de 2005. Aprovechando una demanda en la que se solicitaba que se deje sin efecto la carta notarial mediante el cual se le había comunicado el despido a un trabajador de una empresa privada, el Tribunal aplicaría, por primera vez, la cláusula de la residualidad del amparo, contemplado en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, destacaría que si con la legislación procesal constitucional derogada el amparo se había configurado como un mecanismo procesal «alternativo» para la tutela de los derechos, tras la entrada en vigencia del Código éste quedaba reservado para aquellos «(...) casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, (supuesto en los cuales) será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate» (Fun. Jur. Núm. 6).

De este modo, tras recordar su jurisprudencia en relación a las muy diversas variables en los que los derechos laborales pueden encontrarse en

entredicho, el Tribunal destacaría que las pretensiones que según la ley laboral puedan hacerse valer ante los jueces del trabajo, de entrada, serían declaradas improcedentes. No así de aquellas en las que el acto reclamado incida directamente sobre derechos fundamentales (como violación de la libertad sindical, derecho de igualdad o, en general, cualquier supuesto de despido nulo, según la legislación vigente), para cuyo caso, según el Tribunal, la vía del amparo aún estaría abierta.

Sea como fuere, se trata de una sentencia que ha causado mucha polémica, pues si con ella, en un primer momento, el Tribunal pensó esbozar los criterios a tomarse en cuenta sobre el carácter residual del amparo en materia laboral, al final sólo parece haber determinado su competencia *ratione materiae*. Y es que la aplicación del principio de residualidad presupone la competencia material del amparo, es decir, que el asunto verse sobre violación de derechos fundamentales de orden laboral, para, una vez advertido ello, posteriormente se determine si el amparo es la vía procesal de tutela —por la inexistencia de alguna otra en la jurisdicción ordinaria o, en su defecto, por las exigencias de tutela de urgencia—.

En cualquier caso, la expedición de esta sentencia ha significado (y significará en el futuro próximo) una reducción importante de la carga de trabajo del Tribunal.

g') Ratificación judicial y derecho a la motivación de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura

Uno de los temas más controvertidos en la jurisprudencia constitucional anterior al periodo 2005, sin duda, tenía que ver con los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC 1941-2002-AA/TC en materia de ratificación judicial. De acuerdo con la Constitución de 1993, cada 7 años los jueces están sujetos a ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Realizado los primeros procesos de ratificación judicial y judicializados los cuestionamientos por infracción del derecho a la motivación de las decisiones, el Tribunal había considerado inicialmente que la decisión de no ratificar en el cargo judicial no tenía por qué ser motivada pues, al fin y al cabo, tal decisión no expresaba una sanción, sino simplemente la negativa a renovar la confianza al funcionario judicial para que continuara en el cargo por 7 años más.

Dicho criterio en algún momento tenía que cambiar, pues a las críticas que en el plano doctrinal se había efectuado a la postura del Tribunal, se sumó el Parlamento, al establecer en el artículo 5.7 del Código Procesal Constitucional, que no proceden los procesos constitucionales cuando «se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fisca-

les, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado».

El cambio jurisprudencial habría de materializarse en la STC 3361-2004-AA/TC, de 16 de diciembre de 2005, en la que habría de exigirse del CNM que su decisión se sustente en la apreciación objetiva de determinadas variables que permitan juzgar el desempeño en el cargo judicial, por otra parte consideradas en el nuevo reglamento que dictó el CNM. De esta forma, al criterio eminentemente subjetivo con que se había venido realizando el proceso de ratificación judicial, el Tribunal dispondría que éste se hiciera sobre la base de criterios objetivos, además de que en el desenvolvimiento mismo del proceso de ratificación, se respetaran una serie de derechos fundamentales de orden procesal, como son la posibilidad de acceder a la información procesal que maneja el CNM, la imparcialidad de los miembros del CNM, la exigencia de una resolución motivada y el derecho a la pluralidad de instancias.

El cambio de jurisprudencia, sin embargo, no habría de entrar de inmediato. Adoptando la técnica del *prospective overruling*, el Tribunal señalaría que estos nuevos criterios deberían de observarse por el CNM «en los futuros procedimientos de evaluación y ratificación» de magistrados, lo que en la práctica significa que los nuevos criterios sólo se exigirán a los procesos de ratificación que se realicen después de diciembre de 2004.

h') Derecho de reunión y proceso electoral

De particular importancia, sería el precedente dictado por el Tribunal Constitucional en la STC 4677-2004-PA/TC, de 25 de diciembre de 2005. Mediante un Decreto de Alcaldía, dictado al amparo de una ordenanza municipal, se había declarado zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el centro histórico de Lima, tras haber sido reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO. Cuestionada su incompatibilidad con el derecho de reunión, y ante la inexistencia de un acto concreto de aplicación de la norma, el Tribunal retocaría su doctrina en torno a la condición de «norma autoaplicable» como supuesto de procedencia del amparo contra leyes. Si antes de este precedente⁹, el Tribunal había insistido en que era preciso que la norma legal incidiese directamente en la esfera constitucionalmente protegida de un derecho, sin requerirse de un acto posterior de aplicación; en la STC 4677-2004-PA/TC, el Tribunal destacaría que no era preciso que se afecte de modo actual el derecho, sino que bastaba que existiese una amenaza de violación derivada de la aplicación obligatoria e incondicionada de la norma, op-

⁹ Cf. STC 1314-2000-AA/TC, de 24 de noviembre de 2002.

tando así por lo que se ha venido en denominar un opción amplia del concepto de norma autoaplicable¹⁰.

Sorteado el presupuesto procesal de las normas autoaplicativas en el amparo contra leyes, el Tribunal recordaría la estrecha vinculación del derecho de reunión con la posibilidades de realización efectiva del Estado democrático de derecho, destacando que cuando el inciso 12 del artículo 2 de la Ley Fundamental prevé que las reuniones «que se convoquen en plazas o vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas», ello no quiere decir que el ejercicio de esta libertad democrática pueda «ser sometido al requisito de autorización previa por parte de la autoridad administrativa (...), la cual sólo podrá restringirlo o prohibirlo atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso y sólo por razones objetivas, suficientes y fundadas».

Esta última acotación, es decir, que la restricción del ejercicio de la libertad de reunión debiera efectuarse caso por caso, y que, dicho sea de paso, fue el criterio que el Tribunal consideraría como precedente vinculante, era consecuencia de que el inciso f) del artículo 132 de la Ordenanza Municipal Núm. 132 de la Municipalidad de Lima, al amparo de la cual se dictó el Decreto de Alcaldía impugnado por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), había dispuesto, con carácter general, la prohibición de concentraciones masivas de personas o equipos que cierren las vías públicas en el Centro Histórico, «salvo cuando se trate de eventos tradicionales debidamente autorizados».

La importancia de esta decisión del Alto Tribunal no sólo vendría dada por las importantes atingencias sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión, así como los alcances de los límites que sobre él se pudieran practicar, sino, además, por las consideraciones efectuadas al hilo del proceso electoral convocado para el mes de abril del año 2006, en el que se elegiría al Presidente de la República y a los representantes ante el Congreso. En tiempos de elecciones, diría el Tribunal, los alcances de los límites al derecho de reunión deben considerarse «particularmente restringidos», pues «son épocas en las que la necesidad de la expresión e intercambio de ideas (...), alcanza su punto más elevado» para la consolidación del sistema democrático.

b) *Decisiones trascendentes*

Desde luego que no necesariamente las decisiones más importantes del Tribunal en materia de tutela de derechos fundamentales han sido consi-

¹⁰ ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER, «Deconstruyendo el amparo contra normas», nota a la STC 4677-2004-PA/TC en *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista Mensual de Jurisprudencia*, núm. 1, Lima, 2006, p. 512.

deradas como precedentes vinculantes. En lo que sigue se hará una breve reseña de sentencias que, habiéndose dictado sin apelarse al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin embargo, son de importancia superlativa.

a') *Ius connubii*, derecho al libre desarrollo de la personalidad, principio de dignidad humana y transexualismo

Dentro de las sentencias de particular interés dictadas por el Tribunal que no llegaron a formularse como precedentes vinculantes, se encuentra la STC 2468-2004-AA/TC, de 7 de febrero de 2005. En el caso, un efectivo de la Policía Nacional del Perú denunció haber sido objeto de una triple sanción, tras habersele imputado como faltas que afectan al decoro, la obediencia y el «espíritu policial», el no haber solicitado autorización para contraer matrimonio, haberse casado con un transexual y haber mantenido relaciones de convivencia con éste, pese a que en su condición de auxiliar de enfermería tenía conocimiento de las anomalías físicas que presentaba su pareja en sus órganos genitales.

El tema de la inconstitucionalidad de las sanciones sucesivas en el ámbito disciplinario de la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP), legal y reglamentariamente autorizadas, ya había sido objeto de atención del Tribunal en la STC 2050-2002-AA/TC, de 28 de mayo de 2003, donde se declaró que afectaba el derecho a no ser juzgado ni sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; y, adicionalmente, que su aplicación al amparo de un reglamento disciplinario no publicado en el diario oficial El Peruano, infringía el principio de legalidad sancionatoria.

El caso resuelto con la STC 2468-2004-AA/TC, sin embargo, planteaba problemas adicionales, en los que el Tribunal se adentraría resueltamente. El primero de ellos, tenía que ver con la obligación de solicitar autorización para casarse de los miembros de la PNP. El Tribunal empezaría afirmando que, a partir del artículo 4 de la Ley Fundamental, no podía inferirse un derecho constitucional al matrimonio con un ámbito autónomamente garantizado, puesto que allí se había garantizado al matrimonio y a la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

No obstante, expresaría el Tribunal, el *ius connubii* constituye una libertad que se desprende del derecho general al libre desarrollo de la persona, reconocido en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución. A su juicio, con este derecho se persigue garantizar todas aquellos atributos subjetivos consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de la persona que no hayan recibido un reconocimiento es-

pecial en la Norma Suprema, siendo uno de ellos la libertad de contraer matrimonio, mediante el cual se protege la libertad de toda persona para que en forma autónoma e independiente, determine cuándo y con quién contraer matrimonio. En consideración del Tribunal, esta esfera del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad habría sido lesionada por la PNP, tras sancionar a uno de sus miembros por no solicitar autorización para casarse.

El segundo problema tenía que ver con la sanción impuesta al recurrente, tras constatarse que se había casado con una persona que había adulterado sus documentos para poder hacerlo. El Tribunal recordaría que en la base del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado se encuentra el principio de culpabilidad, que exige que un funcionario sea sancionado en la medida en que se compruebe la afectación de bienes jurídicos y no en base a actos u omisiones de un deber jurídico que sean imputables a terceros, de modo que al sancionarse al Policía por un acto que no le era imputable (falsificación de documentos), se violó su derecho a la presunción de inocencia.

En tercer lugar, frente a la sanción impuesta por haber mantenido «relación de convivencia» con una persona, pese a conocer, en su condición de auxiliar de enfermería, que adolecía de deficiencias físicas en sus órganos genitales, el Tribunal se preguntaría si mantener relaciones convivenciales con un transexual, fuera de su centro de trabajo, podría ser motivo suficiente para que se sancionase a una persona. A juicio del Tribunal, si un supuesto de tal naturaleza constituyera una falta, lo reprochable jurídico administrativamente sería la opción sexual de una persona, lo que es incompatible con el principio de dignidad de la persona.

Finalmente, el Tribunal Constitucional advertiría también una violación del derecho al debido proceso sustantivo. A juicio del Juez de la Constitución, si en el momento en que se practicó un examen médico a la persona a la pareja del efectivo de la PNP, los médicos de la institución determinaron que no se podía «definir(se) el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO», era incongruente que se le reprochara al sancionado que, en su condición de auxiliar de enfermería, pudiera conocer aquello que los médicos no habían podido determinar.

b') Libertad de culto y sepultura

En la STC 0256-2003-HC/TC, de 17 de junio de 2005, el Tribunal tendría que pronunciarse sobre un caso insólito. Mediante un habeas corpus se cuestionaba la retención arbitraria de un cadáver por las autoridades de un nosocomio médico, porque sus familiares no terminaron de

cancelar los costos del tratamiento al que se sometió cuando contaba aún con vida. En aquella ocasión, el Tribunal repararía que, en la medida que la libertad individual es un derecho cuya titularidad requiere la vida, el habeas corpus no debería entenderse como interpuesto a favor del occiso, sino en beneficio de los familiares, por violación de la libertad de culto y el derecho a la integridad moral.

Replanteado así el caso, el Juez de la Constitución sostendría que en la medida que la libertad religiosa comprende la libertad de culto y éste, a su vez, garantiza su externalización mediante ritos, entre los cuales se encuentra el velar a un cadáver y darle sepultura digna, siempre que no se afecte el orden público, en el caso se había producido una lesión de dicho derecho, pues era arbitrario que se retuviese el cadáver por no haberse pagado el tratamiento médico.

Igualmente, el Tribunal consideraría que las autoridades médicas lesionaron el derecho a la integridad moral de los familiares del occiso, pues con la retención del cadáver se perseguía despertar sentimientos de angustia y sufrimiento en ellos, con el objeto de intimidarlos al pago de la deuda por los servicios prestados.

c') Derecho a la salud y enfermos de SIDA

Ante la negativa de prestarle asistencia médica gratuita a un enfermo de SIDA, éste promovió una demanda de amparo. Los argumentos que se habían expresado para negar el tratamiento médico iban desde considerar que el derecho a la salud no consistía, en estricto, un derecho fundamental; hasta considerar que las únicas personas que podían recibir atención gratuita eran las madres gestantes infectadas con el VIH o los niños nacidos de madres que lo adolecían.

En la STC 0256-2003-HC/TC, de 17 de junio de 2005, el Tribunal recordaría que la configuración del Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho presupone 2 aspectos básicos. Por un lado, la existencia de condiciones materiales mínimas para que los individuos alcancen su realización plena y, de otro, la identificación del Estado con la satisfacción de esas necesidades. Expresaría igualmente el Tribunal, ante la devaluación de los derechos sociales que se había argumentado por la defensa del Estado, que sin educación, salud y calidad de vida digna no podría hablarse de libertad e igualdad social, por lo que era preciso que su reconocimiento y goce se entendiera en forma conjunta e interdependientemente. En ese sentido, consideraría que si bien el acceso a prestaciones de salud pública no podían exigirse de la misma manera en todos los casos, éste es un derecho fundamental que demanda la realización de políticas públicas de parte del Estado, y cuya plena exigibilidad dependía,

en el caso, de su relación intrínseca con el goce del derecho a la vida. Por ello, al estimar la pretensión, el Tribunal ordenaría que se considere al recurrente dentro del grupo de pacientes que recibiría el tratamiento médico contra el VIH/SIDA así como que se le provea de los medicamentos y análisis que correspondan.

d') Derecho de acceso a la justicia y *solve et repete*

Con la expedición de la STC 0930-2004-AA/TC, de 24 de agosto de 2005, el Tribunal tendría que hacer frente a un tema recurrente en materia tributaria. Entre otros temas, una empresa cuestionaba que el Tribunal Fiscal le había denegado la interposición de una demanda contencioso-administrativa, alegando la aplicación de una disposición del Código Tributario, que preveía que a efectos de reclamar judicialmente un acto de determinación del tributo, era preciso que previamente se cancelase la deuda.

El Tribunal insistiría en su doctrina sentada, entre otras, en la STC 3548-2003-AA/TC, de 8 de abril de 2005, según la cual el pago de la obligación tributaria, como condición 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 justicia¹¹.

e') Estado de cosas inconstitucionales y proceso de cumplimiento

En la STC 2579-2003-HD/TC, de 16 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional adoptó, por primera vez, la técnica del «Estado de cosas inconstitucionales» que en su momento instaurara la Corte Constitucional colombiana en las acciones de tutela. Y si bien no ha tenido un uso constante e intenso, como se pudo haber esperado, sin embargo, con la STC 3149-2004-AC/TC, de 10 de octubre de 2005, el Tribunal la ha empleado en un proceso de cumplimiento, en el que a consideración del mismo Tribunal, no existía un problema vinculado al contenido protegido de un derecho fundamental, sino relacionado con el incumplimiento de un acto administrativo, que disponía el pago de una suma de dinero por concepto de subsidio por luto y sepelio.

Tras recordar los diversos casos en los que en su sede se habían planteado pretensiones semejantes, y condenar como inconstitucional el incum-

¹¹ La primera vez que el Tribunal se pronunció en un sentido semejante fue con la STC 0646-1996-AA/TC, de 23 de enero de 1997.

plimiento sistemático y renuente de los órganos públicos para atender los subsidios por luto y sepelio, el Tribunal concedería efectos generales a su decisión, disponiendo se notifique de la sentencia a los ministros de Economía y Finanzas y Educación, a efectos de que adopten las medidas correctivas en el más breve plazo.

f) Amparo contra Amparo

Con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal había admitido que contra una resolución judicial dictada en el seno de un proceso de amparo era posible que se interpusiese, a su vez, una demanda de amparo, siempre que concurriesen 3 requisitos: a) el demandante en el primer amparo era quien lo promovía, b) versaba sobre violación de derechos fundamentales de orden procesal y c) no se trataba de una sentencia del Tribunal Constitucional, sino de cualquiera de las 2 instancias judiciales competentes para conocerlas (STC 0200-2002-AA/TC, de 7 de marzo de 2003).

Todo hacía pensar que al entrar en vigencia la nueva legislación procesal constitucional, la situación iría de cambiar, pues el artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional precisaba que «No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6. Se cuestione una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia». Sin embargo, en la Resolución 2707-2004-AA/TC, de 18 de febrero de 2005, el Tribunal reclamaría una interpretación conforme con la Constitución de dicha disposición procesal. A su juicio, la procedencia del «Amparo contra Amparo» no era un tema cuya solución dependa exclusivamente del legislador, pues encontrándose su problemática dentro del género «amparo contra resoluciones judiciales» regulado directamente por el artículo 200.2 de la Constitución de 1993, su procedencia o no, estaba supeditada a que en el primer amparo no se haya lesionado derechos fundamentales de orden procesal.

De esta forma, al realizar una interpretación del Código Procesal Constitucional de conformidad con la Constitución, el Tribunal volvería a habilitar la posibilidad de la tan controvertida figura del amparo contra amparo.

B) Tribunal Constitucional y el control abstracto de constitucionalidad de leyes

La función principal del Tribunal Constitucional peruano, como la de todo tribunal de su misma naturaleza, sin duda, es el control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

Pues bien, como se ha puesto en evidencia en el cuadro Núm. 4 (*supra*), en el periodo 2005, el Tribunal Constitucional expidió 40 pronunciamientos en esta materia. De ellos, los pronunciamientos sobre el fondo de mayor interés son¹²:

a) *Límites constitucionales al ejercicio de la potestad tributaria municipal*

Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra diversas ordenanzas municipales expedidas por 2 Municipalidades Distritales, el Tribunal Constitucional se pronunciaría sobre los límites constitucionales al ejercicio de la potestad tributaria de los gobiernos locales, en materia de arbitrios municipales.

Tras destacar que la potestad tributaria de los gobiernos locales es derivada, en las STC 0041-2004-AI/TC, de 10 de marzo de 2005, y STC 0053-2004-AI/TC, de 12 de agosto de 2005, el Tribunal recordaría que el enjuiciamiento de constitucionalidad de los actos normativos en tales materia, debería efectuarse conforme a la Constitución y a las leyes que conforman el bloque de constitucionalidad municipal-tributario. En ese sentido, precisaría que en el establecimiento de los montos a pagarse por arbitrios municipales, los gobiernos locales deberían tener en consideración tanto la naturaleza de cada servicio o actividad que presten, como los costos que éstos, real y efectivamente, demanden. Dado que no se habían aprobado bajo tales criterios, y con el objeto de que la declaración de inconstitucionalidad de las ordenanzas no causen graves problemas a la administración local, el Tribunal se resistiría a otorgar efectos *ex tunc* a sus sentencias estimatorias, particularmente, en relación con aquellos ciudadanos que habían cumplido con pagar sus arbitrios, pues ello hubiere importado, seguramente, el colapso de los gobiernos municipales y la puesta en peligro de los servicios públicos que éstos brindan. Aún así, y en relación con aquellos que no habían pagado sus arbitrios, el Tribunal dispuso que el cobro por los servicios prestados se realizara previo recálculo del monto en nuevas ordenanzas municipales.

¹² De interés, aunque aquí no se pueda hacer un breve comentario, son también las STC 0017-2004-AI/TC, de 7 de junio de 2006, sobre límites constitucionales para la expedición de Decretos de Necesidad y Urgencia por el Poder Ejecutivo. STC 0022-2004-AI/TC, de 9 de diciembre de 2005, sobre el régimen constitucional de la Ley Orgánica. STC 0042-2004-AI/TC, de 12 de agosto de 2005, sobre la inconstitucionalidad de exoneración de impuestos a los espectáculos taurinos; y la STC 0008-2005-PI/TC, de 14 de septiembre de 2005, sobre la Ley de Empleo Público.

b) *Reforma constitucional del sistema pensionario*

Con la expedición de la STC 0050-2004-AI/TC, de 6 de junio de 2005, el Tribunal tuvo que afrontar una demanda de inconstitucionalidad contra una ley de reforma constitucional sobre el régimen pensionario previsto originalmente en la Constitución de 1993. El primer problema que tendría que afrontar, estaba relacionado con la competencia del Tribunal para juzgar la constitucionalidad de una ley de reforma constitucional, que se le había objetado desde diferentes sectores. La respuesta del Tribunal, como ya se había anticipado en la STC 0014-2003-AI/TC, fue la de reafirmar su capacidad para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, aún cuando entre las normas susceptibles de ser sometidas al control abstracto no se mencionaran a éstas. El Alto Tribunal señalaría que en cuanto poder constituido, el poder de reforma constitucional se encontraba sujeto a límites, tanto de orden formal como material, siendo estos últimos de carácter expreso como implícito, entre los cuales, en última instancia, debería considerarse el «contenido fundamental» de la Constitución.

Sorteada esta cuestión formal, el Tribunal recordaría que si bien un límite a la reforma constitucional en materia de derechos pensionarios estaba constituido por la prohibición general de «suprimir o disminuir» los derechos fundamentales (art. 32 CP), dentro de cualesquiera de estos 2 conceptos no ingresaba la posibilidad de cambiar el estatuto jurídico de los derechos pensionarios, como finalmente se hizo, al variarse el régimen de derechos adquiridos de las pensiones estatales bajo los alcances del Decreto Ley Núm. 20530, por el sujeto a los hechos cumplidos.

c) *Himno Nacional de la República del Perú*

En la STC 0044-2004-A/TC, de 25 de noviembre de 2005, el Tribunal afrontaría la impugnación de inconstitucionalidad de la Ley Núm. 1801, de 26 de febrero de 1913. Se imputaba a su artículo 4º haber introducido una estrofa, de autor anónimo, en el Himno Nacional. En la referida sentencia, luego de reafirmarse la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del enjuiciamiento de validez de normas pre-constitucionales, y volver a recordar que en el plazo de prescripción para promover una demanda de inconstitucionalidad no debía contabilizarse el lapso en el cual el Tribunal no estuvo integrado por sus 7 magistrados, el Juez de la Constitución declararía la inconstitucionalidad parcial del precepto impugnado, declaración de invalidez que no incidiría sobre el texto de la ley, sino sobre la omisión que ella presentaba, consistente en haber

omitido considerar la quinta estrofa del Himno Nacional de autoría de don José de la Torre Ugarte.

A tal conclusión llegaría tras considerar que si bien el legislador tenía competencia para incluir una estrofa que no formaba parte de la versión original del Himno Nacional, sin embargo, ello no autorizaba a que se adicione una en su reemplazo (de autoría anónima), por cuanto era contrario a los derechos de autor, cuya dimensión objetiva se halla garantizada por el derecho a la libertad de creación intelectual así como a la propiedad de dicha creación, por el inciso 8) del artículo 2º de la Ley Fundamental. Por ello, al dictar, una sentencia estimatoria, como se ha dicho, el Tribunal dispondría, por un lado, que la estrofa de autor anónimo pase como estrofa final, debiéndose señalar en todas las reproducciones que se hagan, que su texto no responde a la letra original del Himno Nacional. Y, de otro, que por virtud de la sentencia se adicione la quinta estrofa original del Himno Nacional.

d) *La inconstitucionalidad de una ley penal favor rei y la lucha anticorrupción*

Tras la caída del régimen fujimorista y hacerse público el uso corrupto del poder, se fortaleció la lucha contra la corrupción estatal. Altos funcionarios del régimen anterior, periodistas, dueños de medios de comunicación, ex-magistrados, etc., fueron procesados y muchos de ellos han sido condenados. Aún así, el poder con el que contaban no había desaparecido del todo. Ello se hizo público cuando, de manera extraña, el Congreso de la República aprobó la Ley Núm. 28568, cuyo artículo único equiparó los días de arresto domiciliario con los de la prisión preventiva, a los efectos de descontarlos del lapso de la pena, una vez que se hubiere dictado sentencia condenatoria.

Por presión de la opinión pública, la ley fue derogada al día siguiente que se interpuso la demanda de inconstitucionalidad, lo que no impidió que el Tribunal dictara sentencia declarando su invalidez, tras recordar su doctrina expresada ya en la STC 0004-2004-AI/TC, de 27 de septiembre de 2004, que la derogación de una norma con rango de ley no impide que se juzgue su validez constitucional, habida cuenta de las diferencias entre inconstitucionalidad y derogación de una ley.

En esencia, los motivos expuestos en la STC 0019-2005-PI/TC, de 21 de julio de 2005, para que el Tribunal Constitucional declarase su inconstitucionalidad, fueron 2: Por un lado, destacó que en el marco del Estado Constitucional de Derecho, la pena privativa de la libertad no sólo tenían un fin preventivo, es decir, que se encuentra orientada a evitar la comisión de delitos, sino, además, opera como una garantía institucional

de la libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general, pues, no siendo el único, uno de los fines que toda pena está llamada a cumplir es su finalidad preventivo-general.

En ese sentido, destacaría que una ley de esta naturaleza no sólo puede ser inconstitucional porque sea contraria a los derechos fundamentales de los procesados o condenados, sino también porque no es conforme con los fines de la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho. Bajo tal premisa, el Tribunal advertiría que la ley impugnada constituía una lesión de tal fin preventivo-general de la pena, puesto que «reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio», desvirtuando «la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente graves son sancionados con penas nimias o absolutamente leves en relación al daño social causado» (Fund. Jur. Núm. 46). Así mismo, consideró que la ley en cuestión violaba la finalidad preventivo-especial de la pena, pues «al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que (el delincuente) internalice la gravedad de su conducta» (Fund. Jur. Núm. 47).

En segundo lugar, el Tribunal advertiría una lesión del principio de igualdad jurídica, tras advertir que el legislador penal realizó un tratamiento igualitario de 2 instituciones —el arresto domiciliario y la prisión preventiva— cuyos efectos son sustancialmente distintos. Y es que si bien ambos comparten la condición de medidas cautelares personales en el proceso penal, su incidencia sobre el derecho a la libertad personal son disímiles. En ese sentido, el Tribunal recordaría que si bien la ley cuestionada se trataba de una ley penal *favor rei*, sin embargo, no era éste un motivo válido para que no se declarase su inconstitucionalidad. Y es que la garantía constitucional de que se aplique la ley penal más favorable, diría el Tribunal, presupone que ésta sea constitucionalmente válida.

e) *Legalización del cultivo de la hoja de coca y reparto competencial entre Gobierno Central y Regiones*

Seguramente la sentencia más importante dictada en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes la constituya la STC 0020/21-2005-PI/TC, de 27 de septiembre de 2005. Tras la publicación de 2 ordenanzas regionales expedidas por los gobiernos regionales del Cusco y Huánuco, mediante las cuales se declaraba a la Planta de la Hoja de Coca como patrimonio cultural así como la legalidad de su cultivo en determinados ámbitos territoriales de dichos gobiernos regionales, el Pre-

sidente de la República, por primera vez, se vería obligado a interponer una demanda de inconstitucionalidad. En cuestión se encontraba, por un lado, la competencia de los gobiernos regionales para declarar determinados bienes como patrimonio cultural de la nación; y de otro, su capacidad para legalizar el cultivo de la hoja de coca, de cara a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en el tema de su erradicación.

La absolución del problema, como es claro, presuponía que el Tribunal concretara la ordenación del reparto de competencias entre gobiernos regionales y el Gobierno Central en el marco de la Forma de Estado delineada por la Constitución de 1993, misma que había sido objeto de un reforma significativa mediante la Ley Núm. 27680, de 7 de marzo de 2002.

En aquella ocasión, luego de recordar que la Forma de Estado constitucionalizada era la propia de un Estado unitario y descentralizado, el Tribunal Constitucional expondría los principios que rigen la ordenación de las relaciones entre aquellas instancias horizontales del poder, poniendo especial relieve en la necesidad de que la autonomía normativa reconocida constitucionalmente a los gobiernos regionales se ejerciera con respeto a los principios de cooperación y lealtad regional y, por tanto, sin que se pusiera en peligro la unidad e integridad del Estado y la Nación.

Igualmente, tras recordar que el proceso de descentralización por medio de la regionalización se efectúa dentro de un Estado unitario, en el cual «la unidad estatal continúa siendo el fundamento de la organización y marcha de la estructura del estado», el Tribunal señalaría, con apoyo el artículo 192.10 de la Constitución, que las competencias que no se hayan conferido a los gobiernos regionales corresponden, en principio, al Gobierno Nacional (principios de taxatividad y residualidad). De este modo, el Juez de la Constitución concluiría que la regionalización «es incompatible con la autarquía y con el principio de autodeterminación», pues mientras éstos «presuponen la desintegración de la unidad político-estatal», la regionalización, en cambio, «su fortalecimiento, dentro de una organización democrática del poder» (Fund. Jur. Núm. 51). En base a tales consideraciones, el Tribunal destacaría que si bien las ordenanzas regionales tienen el rango de ley, sin embargo, las normas paramétricas conforme a las cuales debería evaluarse su constitucionalidad, no se reducía a la Ley Fundamental, sino comprendía a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley de Bases de la Descentralización y, eventualmente, a otras leyes de carácter nacional en determinadas materias.

A tales principios, que a primera vista podrían entenderse como que se había dejado a la discrecionalidad del legislador nacional el proceso de regionalización, el Tribunal añadiría otros dos. Por un lado, el principio del efecto útil, según la cual el haberse conferido una competencia a un

gobierno regional, debe siempre entenderse como que éste contiene normas implícitas de sub-competencia para reglamentar la norma legal, sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida carecería de eficacia práctica o utilidad o para realizar aquello que es consustancial al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos). Por otro, al amparo del artículo 188 de la Ley Fundamental, el Tribunal destacaría el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, a tenor del cual sobre el legislador nacional «pesa un mandato constitucional que lo obliga a no adoptar medidas regresivas que posterguen el proceso de regionalización o dificulten irrazonablemente la asignación adecuada de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales» (Fun. Jur. Núm. 78).

De este modo, luego de constatar que de acuerdo con el bloque de constitucionalidad que regula el reparto competencial entre gobierno central y gobiernos regionales, estos últimos no tenían competencia para declarar a la Planta de la Hoja de Coca como patrimonio cultural, el Tribunal declarararía la invalidez constitucional de las ordenanzas impugnadas, no sin antes reconocer que, en un país andino como el Perú, donde la hoja de coca es «chacchada» o usada para rituales ceremoniales o con fines médicos, ésta «forma parte de la identidad cultural de los pueblos originarios del Perú».

Al enfrentar el tema de la legalización de su cultivo, también dispuesto por las ordenanzas cuya constitucionalidad se cuestionaba, el Tribunal recordaría que en la medida que la Hoja de Coca es el principal insumo para la elaboración de la pasta básica de cocaína y de sus derivados, el artículo 8 de la Constitución exigía que el Estado tuviera una política nacional sobre el particular, que no sólo se concretaba en la criminalización de su tráfico, sino también en el despliegue de esfuerzos para efectuar un control efectivo sobre su cultivo, cosecha y comercialización que pudiera encontrarse relacionada con el tráfico ilícito de la cocaína. Recordaría igualmente el Tribunal, que dentro de esa política nacional, no se podía obviar las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, motivo por el cual «el tratamiento y la regulación del cultivo y la erradicación de la hoja de coca es una competencia exclusiva del Gobierno Nacional, dentro de la cual se encuentra el reconocimiento legal de las zonas de producción de la hoja de coca» (Fund. Jur. Núm. 132); si bien correspondía a los gobiernos regionales solicitarle la declaración de las áreas de producción tradicional.

C) Tribunal Constitucional y conflictos entre órganos constitucionales

En el periodo 2005, el Tribunal dictó 9 pronunciamientos en el seno del proceso competencial. Número exiguo que se reduce no bien se observa que del total de pronunciamientos emitidos, 1 de ellos es una medida cautelar —que fue desestimada—; 2 resoluciones adecuando las respectivas demandas a lo que es propia de una de inconstitucionalidad, al tener el conflicto denunciado origen en la expedición de normas con rango de ley; 3 que declararon improcedente la demanda, al no contar los demandantes con la condición de órganos constitucionales o de relevancia constitucional; 1 que dispuso el archivamiento de la demanda, por haberse interpuesta excediendo el plazo de prescripción, y 1 declarándose improcedente, tras considerarse que el cuestionamiento de la competencia de los jueces del Poder Judicial no es competencia, *ratione materiae*, de este proceso constitucional.

De las 2 sentencias sobre el fondo finalmente dictadas, sin duda, la de mayor trascendencia fue la STC 0004-2004-CC/TC, de 7 de febrero de 2005. En concreto, el Poder Judicial denunciaba que el Poder Ejecutivo había invadido su competencia constitucional en materia presupuestal, pues al presentar éste último el «Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005» al Congreso de la República, no consideró el monto total del presupuesto solicitado por el Órgano de la Jurisdicción Ordinaria.

Después de recordar la naturaleza singular de la Ley del Presupuesto, los principios que la rigen, los fines y sus características, a la par que los principios constitucionales que subyacen en el tema del presupuesto del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional consideraría que la competencia del Poder Judicial de presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y sustentarlo ante el Congreso, *ex artículo* 145 de la Ley Fundamental, no tolera que el Poder Ejecutivo pueda modificarlo, «puesto que, dada su condición de Poder del Estado y atendiendo a las funciones que debe cumplir y al lugar que ocupa en la configuración de nuestro sistema democrático, (al Poder Judicial) le corresponde, al igual que el Poder Ejecutivo, sustentar directamente su presupuesto ante el Congreso de la República para su aprobación o modificación (...), ya que esta competencia es garantía de su independencia». Tal capacidad para establecer su propio presupuesto, recordaría el Tribunal, habrá de ejercerse dentro de los límites que la propia Constitución establece y, en particular, de aquellos que establecen que los recursos públicos se asignan equitativamente; que su programación y ejecución responde a los criterios de eficiencia, satisfacción de las necesidades sociales básicas y de descentralización; que el proyecto de Ley de Presupuesto debe estar efectivamente

equilibrado; que no pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente; y que no puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.

Por ello, si bien reconocida la autonomía presupuestal del Poder Judicial, con base en el principio de colaboración de poderes, el Tribunal destacaría que éste debería formular su proyecto en *coordinación* con el Poder Ejecutivo, tomando en consideración que el planteamiento de la propuesta de asignación de recursos económicos debe formularse acorde con la realidad de la caja fiscal y con las posibilidades reales de una ejecución eficiente y eficaz, destacándose la necesidad de que dicho órgano constitucional formule una política judicial que sirva de marco para la toma de decisiones por parte del Legislativo. En ese sentido, al expedir una sentencia estimatoria, el Tribunal advertiría la necesidad de que se dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en lo relativo a la elaboración del presupuesto de este último; exhortando, al mismo tiempo, al Poder Judicial para que formule una política judicial de corto, mediano y largo plazo, donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia, para lo cual sería preciso identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción; estableciendo que dicha política sea el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en cuanto a la aprobación de su presupuesto.

