

El Tribunal Constitucional Peruano Cumple 10 Años desde Su Reinstalación*

(Reporte de Su Labor Jurisprudencial durante el Año 2006)

Pedro Grández Castro

Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Edgar Carpio Marcos

*Profesor en la Universidad de Lima y en la Universidad San
Martín de Porres.*

DOI: 10.11117/22361766.18.01.04

SUMARIO: Introducción; I – La reconstrucción de la legitimidad social del tribunal; II – La carga procesal durante el 2006; III – Los precedentes vinculantes del 2006; IV – Jurisprudencia relevante; V – Tribunal constitucional y el control abstracto de constitucionalidad de leyes.

INTRODUCCIÓN

En el 2006, el Tribunal Constitucional cumplió 10 años desde su reinstalación formal, ocurrida el 24 de junio de 1996, luego que tras el autogolpe de Estado en el año de 1992 fuera clausurado su antecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurado por la Constitución de 1979.

De este segundo intento por instaurar un Tribunal Constitucional en nuestro país, dos son los periodos o escenarios que saltan a la vista en una retrospectiva general. El primero, marcado por la presencia de un régimen autocrático que maniató desde el inicio las funciones del Tribunal Constitucional y que quiso que éste funcionara para dar legitimidad “constitucional” a sus propias medidas, imponiéndole en su Ley Orgánica un consenso imposible de alcanzar cuando de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley se trataba¹. Si bien se trató de un periodo de lucha interna en el propio seno del Tribunal, que terminó con la destitución de tres de sus

* Artículo originariamente publicado no Observatório da Jurisdição Constitucional do IDP, ano 1, 2007, disponível no site www.idp.org.br.

1 El artículo 4º de la LOTC exigía 6 de los 7 votos para la declaración de la inconstitucionalidad de una Ley. Hoy puede leerse como una especie de “grito en la hoyada” en busca de rescate, aquellos fundamentos de las primeras sentencias del TC “en cautiverio”, donde la mayoría clamaba: “Que al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley 26592 exigidos por el artículo 4º de la Ley n° 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus Miembros, a declarar infundada la demanda” Fallo de cinco miembros del TC, Exp. n° 003-1996-AI/TC.

miembros, este periodo ha sido caracterizado, con acierto, como aquél del Tribunal “en cautiverio”. Esta primera etapa se cierra con la huida del país de quien ejercía la presidencia en aquel entonces a finales del año 2000, y la restauración del Estado de Derecho con la designación, por parte del Congreso, del Dr. Valentín Paniagua Corazao como Presidente Constitucional.

La actuación del Tribunal durante esta primera etapa generó no sólo frustración, sino que propició cierto escepticismo sobre la existencia misma del Tribunal Constitucional, en nuestro país, como un órgano promotor de los derechos y la institucionalidad democrática, llegándose incluso en el año 1997 a anunciar contando con el testimonio de uno de sus magistrados, que el Tribunal Constitucional había “muerto”².

La segunda etapa, que puede ser descrita como aquella de un nuevo intento, es conocida también como la del “Tribunal liberado”. Se inicia, como adelantáramos, con la restauración del régimen democrático y tiene los siguientes momentos cruciales: 1) El 17 de noviembre de 2000, con la reincorporación de los magistrados destituidos; 2) el 30 de mayo de 2002, con la elección de cuatro nuevos integrantes del Tribunal Constitucional³; y 3) el 12 de julio de 2002, cuando se publica en “El Peruano” la Ley n° 27780, que modifica los artículos 4° y 26° de la Ley Orgánica del TC, permitiendo que el Tribunal opere efectivamente ejerciendo la función de control de constitucionalidad de las leyes⁴.

De este modo, si se piensa que el Tribunal sólo pudo funcionar como un auténtico contralor de la constitucionalidad de las leyes luego de que fuera “liberado” – es decir, tras la modificación del artículo 4° de su Ley Orgánica –, quizá la fecha propicia para las celebraciones no sea el 24 de junio, fecha en que en el año 1996 fue engañosamente reinstalado, ni tampoco el 10 de diciembre, como con entusiasmo se celebra desde hace algunos años, sin encontrar más pretexto que la coincidencia con la fecha de aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; sino, el 12 de julio de 2002, fecha en que se publica en el Peruano, la libertad real de actuación del Tribunal Constitucional.

I – LA RECONSTRUCCIÓN DE LA LEGITIMIDAD SOCIAL DEL TRIBUNAL

La primera tarea para un Tribunal que salía de un contexto como el descrito, esto es, de control total y utilización desenfrenada por parte del

2 Cf. Aguirre Roca, Manuel, “Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú” En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. CAJ, Lima, 1997. p. 143.

3 Fueron elegidos los magistrados Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, y Víctor García Toma.

4 Se cambia el quórum para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, requiriendo sólo el voto conforme de 5 de los 7 magistrados que conforman el Plano del Tribunal y se reestablece el plazo de 6 años para interponer una demanda de inconstitucionalidad.

poder de turno era, desde luego, la reconstrucción de su propia legitimidad social. Se trataba de dar un mensaje sobre su independencia y sus reales convicciones a favor de los derechos. Debe señalarse que el contexto de la transición favorecía una actuación en esta dirección, lo que pronto presentó al Tribunal como un órgano capaz de conducir buena parte de las políticas de reinstalación de los derechos y libertades conculcadas durante la dictadura. Las cifras en la presentación de demandas por parte de la ciudadanía dan buena cuenta de este proceso, que no se ha detenido en los últimos cuatro años. Sin duda, las primeras decisiones del Tribunal ayudaron a consolidar esta imagen frente al ciudadano. En este sentido, la sentencia con que se inaugura la nueva composición del Tribunal es la que aparece publicada el 03 de enero de 2003 (STC. nº 010-2002-AI/TC).

El discurso del Tribunal es, por demás, expresivo sobre el tiempo y su espíritu de renovación de la jurisprudencia en nuestro país. El Tribunal somete a análisis, en esta decisión, la legislación contra el terrorismo, que había merecido ya un pronunciamiento previo de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵. El parámetro que establece el Tribunal anuncia su posición institucional: “[...] el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva” [F.J. 2]. La reivindicación de la dignidad humana y la vindicación de tercero imparcial que asume el Tribunal en una causa como esta, pone de manifiesto su deseo de convocar adhesiones, incluso frente a un fenómeno que fácilmente provoca reacciones, no siempre racionales, como es el terrorismo.

El mensaje del Tribunal en la sentencia es no sólo al colectivo social. También con relación al Parlamento, el Tribunal quiere expresar que antes que enemigo, bien puede coadyuvar como un aliado en su tarea de retorno al discurso de los derechos. En este sentido, conforme expresa el Tribunal, las sentencias interpretativas, que por primera vez utiliza en esta decisión, “[...] evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico”, y “[...] además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley” [F.J. 29]. Ergo, no se trata de que la presencia de un Tribunal genere tensiones innecesarias con el legislador, sino que puede, incluso en los casos de mayor clamor, contribuir a preservar el *thelos* último de toda legislación: brindar certeza y seguridad sin generar el caos.

En los años sucesivos, el Tribunal ha seguido, en términos generales, este derrotero a favor de los derechos y en defensa del orden jurídico constitucional, convirtiéndose en un órgano de efectivo control del poder y de mediador de los conflictos sociales más relevantes que se han suscitado en

5 Caso “Castillo Petruzzi y otros contra el Perú”, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, nº 52.

nuestro país⁶. En cualquier caso, no es éste el lugar para destacar cada uno de estos pronunciamientos. Queríamos sí destacar el marco general en el que el 2006, año de su décimo aniversario, ha desarrollado su actividad jurisprudencial.

II – LA CARGA PROCESAL DURANTE EL 2006

La legitimidad ganada por el Tribunal Constitucional en los últimos años, se ha hecho notar también en la carga que ha ido *in crescendo* de manera desbordante, al punto que, también en el Perú, se viene discutiendo sobre la necesidad de reformas que ayuden a “seleccionar” las causas por parte del propio Tribunal antes de su admisión. La incorporación del *Certiorari* ha sido también aquí planteado como una medida necesaria que permita racionalizar la actividad del Tribunal, que por esta vía debiera convertirse, en forma gradual, en un Tribunal ya no de instancia sino más bien de precedentes.

CUADRO NÚM.1

Resumen de expedientes ingresados en el año 2006

Ano	Hábeas Corpus	Hábeas Data	Quejas	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de Cumplimiento	Conflicto de Competencias	Proceso de Amparo	Total
2006	989	77	330	33	1,976	9	7,736	11,150

Fuente: Tribunal Constitucional

Tal como se aprecia, en el año 2006 el Tribunal llegó a su record histórico al haberse recibido en la mesa de partes, un total de 11,150 causas. No debe sorprendernos a estas alturas, que el proceso de amparo se haya convertido, también en nuestro medio, en el proceso estrella como medio para la tutela de los derechos fundamentales, al alcanzar un 69.38% del total de causas ingresadas durante el 2006. Esto es así, no sólo por el amplio espectro de derechos que reciben tutela por esta vía, sino también porque en el caso peruano, al admitirse el amparo contra decisiones judiciales, un buen porcentaje de los procesos ordinarios terminan invocando la violación al debido proceso o la tutela judicial.

Otro de los mecanismos que se ha mantenido constante en su uso por parte de los ciudadanos, ha sido el proceso de cumplimiento, que este año

6 La opinión pública y también los académicos coinciden en esta apreciación general, aun cuando es verdad que, en determinados casos, el Tribunal divide la opinión pública y causa más de un pronunciamiento de parte de las entidades que son sometidas a control. El último de estos conflictos, durante el 2006, se ha suscitado con ocasión de la extensión del control constitucional que el Tribunal ha autorizado realizar también a los Tribunales Administrativos con competencia a nivel nacional (Véase *infra*, STC 3741-2004-AA de noviembre de 2006).

alcanza hasta un 17.72% del total de causas. Ello expresa en algún sentido la poca sensibilidad de la autoridad pública en el cumplimiento de decisiones de la propia autoridad a favor de determinadas demandas de los ciudadanos. Esto ha llevado al absurdo de pretenderse utilizar una demanda de cumplimiento incluso para exigir la ejecución de una sentencia del Poder Judicial, lo que ha merecido una respuesta enérgica de parte del Tribunal Constitucional [Cf. STC 4080-2004-PC/TC], en el sentido de que no puede llegarse a tal despropósito desnaturalizando la razón del proceso de cumplimiento, que tiene como finalidad el acatamiento de la legislación o de determinados actos de la propia administración⁷.

En el cuadro siguiente se muestra la actividad jurisdiccional del Tribunal durante el año 2006. Las cifras muestran un déficit de un poco más de mil expedientes, sin que ello signifique por cierto que el Tribunal haya respondido todas las causas presentadas en el mismo año 2006. En cuanto a tiempo de respuestas, el Tribunal lleva en promedio un retraso de aproximadamente un año y medio, de modo que en su gran mayoría las causas que han sido resueltas en el año 2006 corresponden a casos que han ingresado al Tribunal entre el año 2004 y 2005.

CUADRO NÚM. 2

Sentencias/Resoluciones publicadas en el periodo 2006

Ano	Hábeas Corpus	Hábeas Data	Quejas	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de Cumplimiento	Conflicto de Competencias	Proceso de Amparo	Total
2006	721	9	289	36	2,231	5	6,870	10,161

Fuente: Tribunal Constitucional

III – LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL 2006

Conforme informáramos en nuestro reporte correspondiente al año 2005, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, incorporó como novedad legislativa, en el artículo VII de su Título Preliminar, la fórmula del precedente vinculante que otorga al Tribunal Constitucional un verdadero poder normativo general, en la medida que a partir de un caso concreto, decidido con carácter de cosa juzgada (esto es, con sentencia sobre el fondo), puede establecer una regla con carácter general y vinculante para todos los poderes públicos.

7 Conforme al artículo 66 del Código Procesal Constitucional: "Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Mediante esta técnica se pretende otorgar mayor predictibilidad a la justicia constitucional, toda vez que la *ratio decidendi* de la sentencia ya no requiere ser identificada, a posteriori, por los propios operadores (incluido los jueces del Poder Judicial, a quienes de manera especial están dirigidos), pues ésta, es señalada directamente por el propio Tribunal. No obstante, su utilización ha generado no poca polémica y hasta resistencias, ya que, por un lado, supone la asignación de un poder adicional a los clásicos que corresponde a un Tribunal Constitucional sin referentes en el Derecho comparado y, por otro, podría en alguna forma reducir los efectos también vinculantes del resto de la doctrina jurisprudencial del Tribunal⁸.

Bajo esta marco normativo, el Tribunal, durante el año 2006, ha emitido un total de 9 precedentes vinculantes⁹. Esto, en principio, evidencia cierta prudencia por parte del Tribunal a la hora de hacer uso de esta nueva técnica, si se considera que en el año 2005 el Tribunal emitió 17 precedentes, algunos de los cuales no precisaron siquiera el ámbito o fundamento que resultaba vinculante, generando cierto desconcierto sobre la verdadera utilidad práctica de esta técnica¹⁰. Veamos a continuación algunos de los precedentes que merecen ser destacados.

A/.Auto limitación del Tribunal en la emisión de sentencias interpretativas (STC 030-2005-PI/TC)

La primera sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional peruano fue emitida en el Expediente n° 010-2001-AI/TC, publicada el 03 de enero de 2002. Tras incorporar en su acervo jurisprudencial la distinción entre disposición y norma, el Tribunal en más de una ocasión ha declarado inconstitucional no ya el determinado texto de una ley, sino el significado de ésta que pudiera contravenir la Constitución.

No obstante, el dictado de sentencias interpretativas ha generado tensiones en todos los contextos donde se ha puesto en práctica. De modo que también en nuestro medio, pronto se han hecho escuchar las voces en contra de este tipo de decisiones, al punto que se ha llegado a plantear un proyecto de Ley, precisamente con la intención de proscribir que el Tribunal emita más este tipo de sentencias¹¹. Al margen de las razones o sin razones

-
- 8 Sobre la figura del Precedente Constitucional y su configuración en el Perú, nos permitimos recomendar el AA.VV., *Estudios al precedente Constitucional*, Edgar Carpio y Pedro Grandes (Coordinadores), Editorial Palestra, Lima 2007.
- 9 Todos ellos han sido compilados en el volumen coordinado por los autores de esta reseña, *El precedente constitucional. Sentencias, sumillas e índices*, Editorial Palestra, Lima 2007.
- 10 Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia publicada el 18 de febrero de 2005, en el que sólo se expresa "Esta sentencia tiene efectos jurídicos vinculantes para todos los poderes públicos, de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional" (Exp. n° 3760-2004-AA/TC FJ. 28).
- 11 Cf. el especial sobre el proyecto de Ley presentado por el Congresista Antero Flores Aráoz en: *Palestra del Tribunal Constitucional*, n° 6, Lima, julio de 2006.

que están detrás de este tipo de iniciativas, lo cierto es que al propio Tribunal le preocupa que por esta vía pueda generarse tensiones irreconciliables, sobre todo con el legislador, que es finalmente el poder más sensible a este tipo de decisiones.

Este es el contexto en el que el propio Tribunal se ha auto impuesto determinadas restricciones al momento de dictar este tipo de sentencias. El caso en cuestión, trataba sobre la impugnación de una ley que imponía como requisito para asumir la representación parlamentaria, el que la agrupación política al que pertenezca el candidato, alcance por lo menos 6 de 120 escaños, o el 5% de los votos válidos emitidos a nivel nacional. De este modo la llamada “Ley de la barrera electoral” buscaba disuadir la proliferación de listas y trataba de propiciar alianzas entre los grupos minoritarios a efectos de no hacer inviable la propia dinámica parlamentaria.

En lo que atañe al caso planteado el Tribunal estableció que “[...] *el establecimiento de una “barrera electoral” resulta compatible con la Carta Fundamental*”, tras considerar que el propósito de la referida Ley era:

- a) Evitar el acceso al Parlamento de agrupaciones con “mínima o nula representatividad”, de modo que, antes que el interés particular de grupos pequeños que con campañas efectistas logren alguna curul, prime en la representación nacional la participación de grupos representativos de la voluntad popular.
- b) Fomentar un auténtico modelo de organización política basada en Partidos Políticos que logren por esta vía su real institucionalización.
- c) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad.
- d) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.

El caso, sin embargo, sirvió al Tribunal para establecer un precedente vinculante con relación a los límites que éste debe tener en cuenta al emitir una sentencia interpretativa. Tras reconocer que “la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, y no su enemiga”, señaló que “el juez tiene, en principio, el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución”.

A partir de estas premisas, el Tribunal estableció que “[...] el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas,

se encuentra en los artículos 38^{o12}, 45^{o13} y 51^{o14} de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93^o de la Constitución¹⁵ (Fundamento 53).

Establecida en tales términos el sustento constitucional de las sentencias interpretativas, el Tribunal precisó algunos límites en el uso de esta técnica de control constitucional, otorgando efecto de precedente vinculante al fundamento 61 de esta sentencia. En dicho fundamento el Tribunal vino a precisar que:

- a) Su uso no puede suponer la creación *ex novo* de Derecho, sino en cualquier caso, se trata solamente de “*concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento ‘conforme a ellas’*”. Con lo cual, el Tribunal ha querido dejar zanjada la idea, según la cual, vía sentencias interpretativas el Tribunal no *legisla*, sino, en todo caso, *integra* el ordenamiento jurídico.
- b) En segundo lugar el Tribunal ha precisado que no puede emitirse una sentencia interpretativa cuando sobre el conflicto normativo en cuestión “*exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar*”. Ello porque, a juicio del Tribunal, en un ámbito tal de discreción no corresponde actuar al tribunal sino, en todo caso, al Legislador quien puede actuar, “en un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones”.
- c) En tercer lugar, antes de emitir una sentencia interpretativa, el Tribunal deberá evaluar si con su dictado se obtiene mayores

12 Artículo 38° Deberes para con la patria. – Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

13 Artículo 45° Ejercicio del poder del Estado. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

14 Artículo 51° Supremacía de la Constitución. – La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

15 Artículo 93° Inmunidad Parlamentaria. – Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

beneficios que con la abstención de parte del Tribunal. Esto es “*sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho*”.

- d) En cuarto lugar el Tribunal se auto impone una carga argumentativa en el uso de esta competencia interpretativa. De modo que cada sentencia interpretativa deberá, antes de ser emitida, defender su legitimidad en base a las pautas antes señaladas.
- e) Finalmente el Tribunal impone también una forma para la formación de la voluntad al interior del propio Pleno Jurisdiccional, al establecer que una sentencia interpretativa es preciso que se cuente con emitirse mayoría calificada de votos, esto es, por lo menos 4 de 7 miembros que componen el Colegiado.

B/. Las jornadas atípicas en centros mineros (STC 4635-2004-PA/TC)

En este caso, el sindicato de trabajadores de Toquepala, uno de los centros mineros más importantes del país, interpuso una demanda de amparo contra la empresa Southern Perú Copper Corporation, indicando que los trabajadores de dicho centro minero venían asumiendo jornadas laborales continuas de 12 horas diarias y hasta 4 días seguidos. Los trabajadores denunciaban la violación de sus derechos a la dignidad (artículo 1° de la Constitución); a la igualdad (artículo 2°.2), el carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26°.2), así como una violación al propio convenio laboral establecida con la empresa empleada.

El primer aspecto que resulta destacable en este precedente es la forma en que es abordado por el Tribunal, incorporando elementos que no son usuales en las decisiones de los jueces. El Tribunal propone una evaluación del “contexto” en el que se realiza la actividad minera. Ello incorpora un elemento “externo” jurídicamente hablando, pero relevante desde la perspectiva de la respuesta que el Tribunal termina dando al caso. De esta evaluación *externa*, resultan datos relevantes que son tomados por el Tribunal en torno a las condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú, elaborado por el equipo técnico multidisciplinario para los países andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT-2002).

Así pues, el Tribunal Constitucional recordaría que la actividad minera es una actividad riesgosa, en el que la vida y la salud de los trabajadores está en permanente riesgo y, por lo mismo, requiere de permanente vigilancia y protección por parte de los entes gubernamentales. En segundo lugar, el Tribunal pone en evidencia que se trata de una actividad “solitaria”, en la medida que los campamentos mineros, por lo general, solo albergan trabajadores, lo que implica largas estancias fuera del hogar para los trabajadores. En tercer

lugar, el Tribunal recoge también del referido informe la deficiente, por decir lo menos, dieta que alimenta diariamente a los mineros. Todo ello, además, en un contexto en el que la salud se resquebraja diariamente.

Con relación al caso en concreto, el Tribunal encuentra acreditados los hechos presentados por los recurrentes, al establecer en su fundamento 27 que “la demandada aplica los sistemas 4x3 y 5x2, a través de turnos diarios y nocturnos en el asentamiento minero de Toquepala”.

A partir de dicha constatación, el Tribunal dejó establecida en su sentencia, que las jornadas laborales en centros mineros no podían prolongarse más allá de 8 horas diarias, aunque semanalmente el Tribunal dejaría entrever cierta flexibilidad al plantear una jornada “razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros, que han sido descritas a lo largo de la presente sentencia”. En una nota aclaratoria posterior, tras el pedido de la empresa emplazada, el Tribunal sin embargo ha incorporado lo que ha llamado un “test de protección de la jornada máxima”, flexibilizando de esta manera su posición inicial y aceptando las jornadas acumulativas, aunque limitadas a determinadas condiciones: a saber; a) la evaluación caso a caso, teniendo en cuenta las características del Centro Minero; b) las condiciones de seguridad laboral; c) la protección del derecho a la salud; d) un adecuado descanso durante la jornada diaria; e) tratamiento especial para jornadas nocturnas menores a las diarias y; alternativamente; f) si hay convenio colectivo que así lo establezca.

Con estas condiciones el Tribunal ha autorizado, en principio, acumular jornadas laborales por más de 8 horas diarias, aunque estableciendo que tales requisitos son copulativos y la ausencia de alguno de ellos impide la acumulación. Respecto del establecimiento de turnos en la noche, el Tribunal ha precisado que ello “constituye en el mediano plazo, una acelerada disminución de la esperanza de vida y una amenaza del derecho a la vida de los trabajadores mineros”, añadiendo, además, que tampoco resulta compatible con el derecho y obligación de las instituciones y empresas a la protección del medio familiar.

En tal sentido, el Tribunal concluye ordenando a la empresa emplazada a restituir la jornada laboral de 8 horas diarias y al mismo tiempo declara inaplicable al caso los artículos 209°, 210°, 211° y 212° del Reglamento de la Ley de Minería.

C/.Delimitación al ejercicio del Derecho de rectificación (STC 3362-2004-PA/TC)

Un diario de la ciudad de Huánuco, había publicado el siguiente titular: “¡Ex Decano del Colegio de Abogados con orden de captura!”. El aludido ex decano solicitó rectificación al referido diario, pues sostenía que nun-

ca se dictó una “orden de captura” en su contra y que, por tanto, el titular no sólo era inexacto, sino que el desarrollo de la información al interior de las páginas del diario resultaba difamatorio y falso. Tras la negativa del diario a rectificarse, interpuso una demanda de amparo, la cual fue rechazada por el Poder Judicial.

Al resolver la controversia, el Tribunal aprovechó la ocasión para precisar a) los tipos de medios que están obligados de rectificar; b) las condiciones o “requerimientos” para el ejercicio de este derecho; c) sus elementos configuradores; y, d) las reglas sobre la forma en que debe presentarse dicho pedido.

a) Tipos de medios. El Tribunal precisó que no sólo se trata de los medios de comunicación masiva formalmente establecidos con dicha finalidad, sino que también están obligados a rectificar, cualquier tipo de medio que tenga la posibilidad de transmitir informaciones, noticias, datos o informes a un número indeterminado de personas. De modo que el Tribunal identifica también a los nuevos medios que producen informaciones masivas a través de la Internet, blogs, paginas web, correos masivos, etc.

b) Supuestos. El Tribunal precisó que no sólo ha de tratarse de “afirmaciones” inexactas como se lee en el texto de la Constitución, sino fundamentalmente de “informaciones” inexactas. Dicha inexactitud no se salva incluso si es que el agente causante del agravio con dicha información ha probado “diligencia” en la verificación de los datos propalados, pues para el Tribunal, “basta con comprobar que la noticia propalada es falsa” para que la persona afectada tenga expedito el derecho de rectificación.

Otro supuesto en el que se configura la posibilidad de solicitar rectificación, es cuando se configure un agravio objetivo al honor. Aunque el Tribunal no ha sido del todo claro si se trata de una consecuencia del anterior supuesto, o si se trata de dos supuestos distintos, es claro que una información inexacta incide directamente en el honor o la reputación de las personas, de modo que parecen en la práctica ineludiblemente ligados.

c) Presupuestos procesales. El Tribunal reitera en este punto su jurisprudencia anterior, en el sentido de exigir como requisito previo a la presentación de la demanda de amparo, que el afectado curse carta notarial en el plazo de 15 días posteriores a la difusión de la noticia o publicación, que dice afectarlo y debe ser rectificada.

d) Finalmente el Tribunal llega a precisar incluso el “tramite” que debe seguirse para rectificar una información inexacta, llegando al punto de detallar, el estilo de la rectificación; esto es, si debe seguirse las pautas del propio medio o debe publicarse en los términos propuesto por el agraviado. En este punto, el Tribunal contrasta los textos del artículo 14º.1 de la Convención Americana, que

establece que la persona “tiene derecho a efectuar” la rectificación, con el texto de artículo 2º.7 de la Constitución, que hace referencia al derecho de la persona a que “el propio medio se rectifique”.

A partir de ello, el Tribunal se decanta por asumir la propuesta de la Constitución, precisando que sea el medio quien se rectifique, “según los lineamientos periodísticos del mismo”. El Tribunal precisa, además, que en el acto de la rectificación no corresponde asumir por parte del medio una nueva defensa de la nota informativa falsa o inexactamente publicada, puesto que ello terminaría por desnaturalizar el objeto de la rectificación.

D/. Extensión del control de constitucionalidad al ámbito de los Tribunales Administrativos (STC 3741-2004-AA/TC)

El control difuso, que convive en nuestro sistema con el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional¹⁶, ha sido ampliado con este precedente al ámbito de la administración, estableciéndose la competencia de determinados Tribunales Administrativos para inaplicar una norma legal o reglamentaria cuando entra en conflicto, en un caso concreto y de manera manifiesta, con algún precepto constitucional.

En concreto, el Tribunal estableció en este caso y con carácter de precedente vinculante, que “todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

En una aclaración posterior, el Tribunal tuvo ocasión de precisar además algunas cuestiones relevantes, a saber: a) dichos Tribunales deberán prestar “justicia administrativa” a nivel nacional; b) debe tratarse en todos los casos de tribunales adscritos al Poder Ejecutivo y; c) tener por finalidad la tutela de derechos fundamentales de los administrados.

Respecto de la dimensión subjetiva de esta competencia, se trata de en principio de un control “a petición de parte” y sólo excepcionalmente cabe un control de constitucionalidad de oficio. Ello solo ocurre en defensa de un precedente vinculante o de una interpretación jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional.

¹⁶ Cf. Artículos 138º y 202º de la Constitución de 1993.

Este ha sido, sin duda, uno de los precedentes constitucionales más polémicos del periodo reseñado, puesto que, como se ha afirmado, el Tribunal parece sustituirse al Poder Constituyente al otorgar una competencia que, claramente, no había sido asignada en tales términos al Poder Ejecutivo, quien más bien, ya desde la polémica entre Kelsen y Schmitt, había sido “teóricamente” descalificado para erigirse en contralor de la regularidad constitucional como afirmaría el propio Kelsen¹⁷.

IV – JURISPRUDENCIA RELEVANTE

Si los *precedentes vinculantes* son reglas precisas que el Tribunal extrae a partir de la decisión de un caso, su *doctrina jurisprudencial* está conformada, en cambio, por el conjunto de sus decisiones, cuya vinculación si bien no es en sentido fuerte, en los términos del precedente, constituye también fuente de Derecho que debe ser asumida por los jueces a la hora de interpretar y aplicar el derecho vigente (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

El grueso de estas decisiones, como se ha visto en los recuadros *supra*, corresponden a los procesos de Habeas Corpus y Amparo, en los que el Tribunal asume la defensa de los derechos y libertades constitucionales. Veamos a continuación algunas de estas decisiones, para luego cerrar nuestro informe con las decisiones producidas en los procesos de tutela del principio de jerarquía constitucional.

Proceso de Habeas Corpus

A/.Control constitucional del auto de apertura de la instrucción penal (Caso General Electric Company)

En este caso, (STC 8125-2005-PHC/TC, de 25 de enero), el Tribunal abordó el tema de la posibilidad de realizar el control constitucional respecto de la resolución judicial que abre una instrucción con imputación penal.

Respecto del caso en cuestión, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales establece que el auto de apertura de la instrucción: “*será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado*”.

No obstante, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 4° establece como condición para la procedencia de un proceso constitucional contra

17 Edgar Carpio Marcos y Pedro Grandez Castro, directores, *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*, Editorial Palestra, Lima, 2007.

una resolución judicial, el que dicha resolución tenga el carácter de “resolución firme”. De modo que si bien existe la exigencia legal de “proceder” de determinada forma por parte del Juez de Instrucción, existiría por otro lado el impedimento procesal para proceder a su control en sede constitucional.

Así, la cuestión se centraba a decidir si una resolución judicial con la que se da inicio formalmente al proceso penal, podría ser analizada en sede constitucional y cuáles eran en todo caso los elementos a tener en cuenta en dicho control. Respecto del primer punto, el Tribunal hace notar que el auto de apertura de instrucción no es una resolución recurrible, con lo cual, para efectos de su control, no hay recursos que agotar. En segundo lugar, el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales resulta bastante claro en establecer la forma en que ha de dictarse el auto apertura de instrucción. Esto es, individualizando a los presuntos responsables y poniendo de relieve “los elementos de prueba” en que se basa dicha imputación penal.

Ello, en resumidas cuentas, importa dar efectivo cumplimiento al mandato constitucional de motivación de las resoluciones judiciales que, en el caso peruano, hace referencia no sólo a las sentencias, sino a todas las resoluciones y “en todas las instancias” (artículo 139º.5).

En consecuencia, el Tribunal estableció que en el presente caso se violó dicho mandato, en la medida que el Juez a *quo* no individualizó debidamente los cargos contra cada uno de los procesados, pero además, porque no se encontraba debidamente justificadas, cada una de las imputaciones que pesaban sobre ellos, lo que, a decir del Tribunal, convertía en arbitraria la analizada resolución judicial. El Tribunal precisó de este modo que la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, “[...] comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa”.

B/.Censura jurisdiccional previa como excepción (STC 2262-2004-HC/TC, de 11 de abril)

El caso se originó con la emisión de una resolución que ampliaba el auto de apertura de instrucción en el marco de un proceso penal, en el que se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Queda terminantemente prohibido hacer comentarios periodísticos, radiales o televisivos sobre hechos del proceso y de la materia del juzgamiento [...] TERCERO: Prohibírsele que en forma directa o indirecta se abstenga de propalar versiones o comentarios del desarrollo del proceso”

El fundamento Tercero de la resolución cuestionada adolecía de un error material. Prohíbe que “se abstenga de propalar versiones o comentarios...”, cuando precisamente lo que parecía que se quería prohibir era que se siga propalando versiones o comentarios. El Tribunal también lo entendió en tales términos y, por ello, este extremo de la afectación alegada por el recurrente no fue tomado en cuenta.

En cambio, sí mereció un extenso desarrollo por parte del Tribunal, las relaciones entre el llamado “secreto sumarial” y las reglas que pueden establecerse al dictarse la comparecencia del imputado con determinadas restricciones en el marco de un proceso penal. De este modo, el Tribunal precisó que si en principio resulta razonable la imposición de determinadas reglas de conducta compatibles con los fines de la instrucción, a las que también sirve finalmente el secreto del sumario, sin embargo, ello no puede llegar al extremo de negar el ejercicio de otros derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión o de opinión.

Resulta por ello relevante que el Juez justifique su decisión restrictiva de modo de que, si tal motivación no aparece de manera objetiva y razonable en la propia resolución, tal restricción no logra vincularse con los fines de la instrucción o de la reserva, convirtiéndose en arbitraria la decisión. El Tribunal destaca, de este modo, que las facultades del juez penal para imponer determinadas reglas de conducta que deberán observarse durante el desarrollo de la investigación judicial, no constituyen “un acto de libre albedrío por parte del juzgador”. En cualquier caso, el control de dicha aparente discrecionalidad se debe efectuar exigiéndole al juzgador una debida motivación de toda restricción de derechos.

C/.Admisión constitucional de la prórroga de la detención preventiva por más de 36 meses (Caso cartel de Tijuana STC 866/2006 Exp. n° 7624-2005-HC/TC, de 02 de agosto)

El tema del control constitucional del tiempo de duración de la detención preventiva ha tenido un derrotero fluctuante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto ha generado no sólo cierto desconcierto en la judicatura ordinaria a la hora de aplicar los criterios establecidos, sino que, en no pocas ocasiones, ha puesto en entredicho el valor de la libertad en la jurisprudencia constitucional.

En el caso, se trataba de un procesado por delito de tráfico ilícito de drogas que, tras pasar más de 36 meses bajo detención preventiva, sin que se dicte la respectiva sentencia, interpuso una demanda de *habeas corpus*. El régimen procesal de la detención preventiva está regulado en el artículo 137° del Código Procesal Penal, donde se establece un plazo máximo de 9 meses para los procesos sumarios y de 18 meses, como máximo, cuando se trata de procesos ordinarios, como acontecía en el presente caso. Según la misma ley procesal, sólo excepcionalmente estos plazos pueden duplicarse.

De este modo, el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja, seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, sería, en principio y sin ninguna excepción, de 36 meses. No obstante, en una decisión más que polémica el Tribunal aceptó una ampliación adicional de hasta 20 meses que ya había sido dispuesto en sede judicial, sin que ello suponga la violación de la libertad personal.

El punto de partida del Tribunal es que *“no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la detención preventiva pueda reputarse razonable, toda vez que resulta imposible asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida”*. De modo que los criterios que han de seguirse, en cada caso, para la determinación de lo que resulta razonable, deberá tomar en cuenta: a) la actuación de los órganos judiciales; b) la complejidad del asunto, y c) la actividad procesal del detenido (Cf. Exp. nº 2915-2004-HC/TC).

Orientado por estos criterios, en el presente caso, el Tribunal estableció que: *“cuando en casos excepcionalísimos, el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y de la sociedad en conjunto, el juez podrá disponer la prolongación del plazo de detención más allá de 36 meses hasta el máximo permitido por ley, mediante resolución debidamente motivada”*.

Analizando el caso, el Tribunal determinó que se trata de un procesado que forma parte de una organización criminal con ramificaciones internacionales, que conlleva un grave peligro para la soberanía nacional, la estabilidad del sistema democrático, la seguridad ciudadana y la sociedad en general. En esta misma dirección, el Tribunal también tomó en cuenta que en el auto de prolongación de la detención, concurren circunstancias especiales que hacen razonable la prolongación del plazo de detención más allá del plazo ordinario de 36 meses. Por todo ello, el Tribunal consideró que la prolongación del plazo de detención que se cuestiona no vulnera la libertad personal.

Proceso de Amparo

A/.Ne bis in idem y nulidad procesal (Caso Martín Rivas STC 4587-2004-AA/TC, de 15 de febrero)

Durante la década de los 90, en el Perú existió una política sistemática de violación de derechos humanos, auspiciada desde el Estado. Una de sus expresiones, lo constituyó el actuar del denominado Grupo Colina, integrado por miembros de las Fuerzas Armadas, cuya cabeza visible era Santiago Martín Rivas. A este grupo paramilitar se le atribuyeron diversas desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, como los conocidos casos de “La Cantuta” y “Barrios Altos”, que fueron objeto de investigación aparente, destinadas a garantizar la impunidad de sus autores.

Poco tiempo después, al expedirse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”, la máxima instancia de la jurisdicción militar declaró nulo un proceso penal mediante el cual se sobreseyó la causa por inexistencia de medios pruebas, y dispuso que se reabriera un nuevo proceso penal ante el fuero ordinario. Santiago Martín Rivas, al interponer su amparo, consideró que tal auto de nulidad y el nuevo proceso penal, violaban el derecho a la cosa juzgada y el principio del *ne bis in idem*, puesto que de acuerdo con la Ley Fundamental peruana, también las resoluciones de sobreseimiento de una causa penal tienen los efectos de la cosa juzgada.

Al afrontar tal problema, el Tribunal sostendría que la posibilidad de considerar el auto de nulidad como una violación del derecho a la cosa juzgada, y el inicio de un nuevo proceso penal para juzgarse por los mismos hechos una violación del principio del *ne bis in idem*, pasaba por determinar si la resolución judicial militar, que había declarado el sobreseimiento, fue dictada por un tribunal competente. En el caso, el Tribunal entendió que la respuesta era negativa. Según la Constitución peruana, los tribunales militares sólo tienen competencia, *ratione materiae*, para juzgar los delitos de función (delitos militares), condición que ciertamente no tenía la desaparición y ejecución extrajudicial de civiles.

B/.Libertad de empresa vs. Seguridad en el tráfico (Caso Buses-Camión STC 7320-2005-PA/TC, de 27 de febrero)

En este caso, el Tribunal Constitucional tuvo que hacer frente a una demanda de amparo en el que una empresa de transporte de pasajeros cuestionaba un Decreto Supremo, mediante el cual el Ministerio de Transporte, “actualizando” la regulación vigente, reiteraba la prohibición de usar para fines de transporte de pasajeros, vehículos que tenían originariamente la estructura del chasis para transportar carga y que eran convertidos mecánicamente en buses para transporte de pasajeros.

La norma cuestionada (Decreto Supremo n° 006-2004-MTC) reiteraba la prohibición de la actividad industrial de carrozado de ómnibus sobre chasis originalmente destinado al transporte de mercancías con el propósito de destinarlo al transporte de pasajeros, así como la prohibición contenida en el Decreto Supremo n° 05-95-MTC, según la cual estaba prohibido la prestación de servicio de transporte interprovincial en vehículos carrozados sobre chasis de camión (los conocidos como buses-camión).

La empresa recurrente sostenía que dichas intervenciones del Estado suponían una ingerencia arbitraria sobre sus derechos a la libertad de contratación y de empresa. Al resolver el caso, el Tribunal recordaría que la actividad empresarial no puede realizarse al margen de las competencias y funciones que corresponden a los órganos estatales de cara a dar protección a los derechos de los usuarios y consumidores que concurren a

la oferta de servicios en el mercado, así como respecto del propio derecho a la vida, que también se ve comprometido con la prestación de un servicio público bajo determinadas características. En especial, consideró el Tribunal que el servicio de transporte público de pasajeros en las carreteras del interior del país requieren de la especial atención de las autoridades, tomando en consideración la impactante cifra de accidentes que constituyen una de las principales causas de muerte en nuestro país y que se encuentran directamente relacionadas con negligencias y desacato a las normas de orden público.

Para el Tribunal, la norma cuestionada, al prohibir el uso de los “buses camión” para el uso de transporte interprovincial de pasajeros, tenía como sustento la preservación de bienes constitucionales fundamentales, como el cuidado de la salud, integridad física, seguridad y la vida misma de los usuarios del transporte interprovincial. Y en ese sentido, descartó una violación de la libertad de empresa o la libertad de contratación, basada en la autonomía privada, para incumplir normas de orden público, dictadas con la finalidad de preservar otros bienes colectivos.

C/.Ambito de protección del Amparo contra resoluciones judiciales

Con la expedición de la STC 3179-2004-PA/TC, de 2 de octubre, el Tribunal Constitucional dejó atrás una corriente jurisprudencial de cerca de 25 años entorno al ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales. Hasta antes de esta sentencia, se había entendido que el segundo párrafo del artículo 200°.2 de la Constitución, según el cual “el amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”, sólo autorizaba que los jueces del amparo realizasen el control de constitucionalidad de las resoluciones judiciales cuando éstas emanaban de un procedimiento “irregular”, hipótesis que se presentaba siempre que aquellas se hubieran dictado transgrediendo el derecho a la tutela jurisdiccional y, con él, cualquiera de los derechos fundamentales de orden procesal que lo conforman.

Una tendencia jurisprudencial semejante, en el plano teórico, significaba admitir que, en su quehacer diario, los jueces sólo se encontrasen vinculados a los derechos de naturaleza procesal, y no así por los demás derechos y libertades fundamentales igualmente reconocidos por la Constitución.

En la STC 3179-2004/PA/TC, el Tribunal afirmaría que en la medida que *todos* los derechos fundamentales vinculan a *todos* los poderes públicos, el control constitucional de las resoluciones judiciales necesariamente tenía que comprender la tutela de *todos* los derechos fundamentales. Un control, desde luego, que no sólo se dirige a evaluar si en un proceso ordinario los jueces han cumplido con la obligación de “respetar” los derechos, es

decir, con no vulnerarlos; sino que comprende también la obligación de “garantizarlos”, esto es, de observar que en la aplicación de la legislación ordinaria se observe el significado correcto de dichos derechos fundamentales.

Por cierto, la variación de este criterio jurisprudencial no ha sido ajeno a ciertas reacciones. Los temores de que el Tribunal Constitucional pueda cruzar la línea de frontera entre lo que es propio de la jurisdicción de las libertades constitucionales con la que corresponde a la justicia ordinaria, sigue siendo el principal reto que tiene que afrontar el Supremo Intérprete de la Constitución. Pero es un desafío que, dentro de la zona de penumbra con que pueda estar marcada, cuenta ya con importantes parámetros de autorestricción. Con todo lo polémico que ello pueda resultar, la apelación a la “fórmula heck”, acuñada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y asumida por el Tribunal en las RTC 9746-2005-PHC/TC y en la STC 1209-2006-PA/TC; o a la “fórmula de la cuarta instancia”, expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y asumida por el Tribunal en la RTC 0759-2005-PA/TC, dichas pautas constituyen ya importantes límites funcionales que marcan, en negativo, el ámbito dentro del cual no puede moverse el control constitucional de las resoluciones judiciales.

D/La píldora del día siguiente

Con la STC 07435-2006-PC/TC, de 20 de noviembre, el Tribunal declaró fundado una demanda de cumplimiento mediante la cual se exigía que el Ministerio de Salud cumpliera con garantizar la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia, también denominado “píldora del día siguiente”. Por la propia naturaleza del proceso¹⁸, se trataba de determinar si el mandato legal o administrativo, a partir del cual se solicitaba la orden de mandamiento, se encontraba vigente; y si lo estaba, si las autoridades administrativas debían cumplirla.

Tras destacar que el mandato se encontraba vigente; que éste cumplía con los requisitos establecidos en el precedente establecido en la STC 0168-2005-PC/TC y que no podía considerarse cumplida la obligación, como se había insinuado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, con la emisión de “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”, el Tribunal dispondría que las autorida-

18 El proceso de cumplimiento, regulado por el artículo 200°.6 de la Constitución, no es en rigor un proceso constitucional, sino un proceso administrativo [contencioso de condena], semejante al *writ of mandamus* del derecho anglosajón, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Constitucional, en los mismos términos que el amparo, habeas corpus o habeas data, es decir, en última y definitiva instancia, siempre que se traten de resoluciones denegatorias. Aún así, en base a criterios que han sido seriamente cuestionados por la doctrina, el Tribunal [Cf. STC 0168-2005-PC/TC] ha afirmado que se trataría de un proceso constitucional, en cuyo seno se tutelaría el derecho al cumplimiento de la ley. Cf. Edgar Carpio Marcos, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el 2005”, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2005.

des de salud estaban en la obligación de a) asegurar la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quiera tomar, b) posibilitar la atención y la provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos en forma gratuita en las instituciones del sector público, c) reconocer que el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) es uno de los métodos anticonceptivos reconocidos por la norma técnica de Planificación Familiar, y, d) reconocer la obligación de las Direcciones Regionales de Salud y establecimientos de salud públicos y privados para realizar actividades de Planificación Familiar.

V – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES

En ejercicio de la jurisdicción constitucional de la ley el Tribunal resolvió 36 demandas de inconstitucionalidad contra leyes o, en general, normas que en el ordenamiento tienen rango de ley [artículo 200º.4 de la Constitución]. De todas ellas, las más importantes, a nuestro juicio, son:

A/.Inconstitucionalidad de la Ley de Organización de la Justicia Militar Policial

Mediante la STC 0004-2006-PI/TC, de 18 de abril, el Tribunal Constitucional resolvería el cuestionamiento de inconstitucionalidad promovido por el Ministerio Público contra más de 20 preceptos contenidos en la Ley nº 28665, que regula la Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Con anterioridad ya el tema había sido abordado por el Tribunal en la STC 0023-2003-PI/TC. En ella el Tribunal declaró inconstitucional una serie de disposiciones de la Ley Orgánica de Justicia Militar, cuya vigencia era anterior a la Constitución de 1993 y a la Constitución de 1979. En esencia, dicho Código de Justicia Militar había concebido a la jurisdicción militar como un cuerpo especializado de las Fuerzas Armadas y, por tanto, como un órgano dependiente del Poder Ejecutivo. Declaró el Tribunal que una organización concebida de esa manera era incompatible con diversos principios constitucionales que informan a la función jurisdiccional, como pueden ser los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales o el principio de imparcialidad, por lo que al declararse su inconstitucionalidad, el Tribunal suspendió los efectos de su decisión [*vacatio sententiae*, que se prolongó poco más de un año] con el objeto de que el Poder Legislativo adecuara a la Ley Fundamental lo referente a la organización y funcionamiento de los tribunales militares.

Vencido el plazo, el Poder Legislativo expidió la Ley nº 28665, cuya característica general fue la de insistir con organizar a la jurisdicción militar de manera incompatible con los principios constitucionales que regulan e informan

el orden jurisdiccional. Así, por ejemplo, el Tribunal declaró inconstitucional el régimen especial brindado al estatuto jurídico de los magistrados de la Sala Penal Militar, orgánicamente incorporada a la Corte Suprema del Poder Judicial, pero a la que curiosamente se le había dispensado un tratamiento jurídico *ad hoc*. Según el Tribunal, una opción legislativa en ese sentido vulneraba el principio de unidad jurisdiccional, pues “pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas en la Ley orgánica del Poder Judicial”.

Del mismo modo, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 10° de la mencionada Ley, en cuanto determinaba que para ser magistrado de la Sala Suprema en materia Penal-Militar, se tenía que formar parte del Cuerpo Judicial Penal Militar y ostentar el grado de General de Brigada. A juicio del máximo intérprete de la Constitución, una disposición de esa naturaleza violaba los principios de unidad e independencia judiciales, además del derecho de igualdad, pues contenía un requisito *ad hoc* [el de haber sido integrante del Cuerpo Judicial Penal Militar de las Fuerzas Armadas] que carecía de base objetiva y no era razonable.

Entre otros muchos temas que en aquella ocasión también se declararon inconstitucionales, y que por lo demás constituyen un pálido reflejo del sentido de la reforma subyacente a la Ley n° 28665, fue su sexta disposición complementaria, mediante la cual se establecía que mediante un decreto supremo dictado por el Poder Ejecutivo, se debería aprobar el reglamento de la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

Sea como fuere, al igual de lo que sucedió con la STC 0023-2003-PI/TC, con el propósito de evitar que la declaración de inconstitucionalidad de un número importante de las disposiciones de la Ley n° 28665 generara efectos nocivos al ordenamiento, el Tribunal volvió a diferir los efectos de su sentencia, al establecer un plazo de *vacatio sententiae* de 6 meses, “que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose tales disposiciones”.

B/.Inconstitucionalidad de las disposiciones que establecen una bonificación y la exigencia para postular al cargo de Juez y Fiscal el haber seguido los estudios ante la Academia de la Magistratura

Mediante la STC 0045-2004-PI/TC, de 31 de marzo, y la STC 00025-2005-PI/TC, de 15 de agosto, el Tribunal declaró inconstitucionales la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura [LOCNM] así como su artículo 22° c, respectivamente.

Con el primero de los preceptos aludidos, se concedió una bonificación de hasta el 10% del puntaje obtenido, a los magistrados y miembros del

Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como a los aspirantes al cargo judicial, que hayan cursado los estudios del programa de formación académica impartido por la Academia de la Magistratura. Mientras que con el artículo 22°.c de la LOCNM, se establecía como condición para ser considerado candidato y someterse al respectivo concurso público de Jueces y Fiscales, el de haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura.

La relevancia de ambas sentencias radica en que, en ellas, el Tribunal deja atrás la denominada fórmula de la arbitrariedad en el juzgamiento de normas acusadas de infringir el principio/derecho de igualdad, empleada de manera inconsecuente desde inicios de su funcionamiento, para adoptar la fórmula de la proporcionalidad.

Según ésta, cada vez que se interviene en el ámbito del derecho de igualdad, la legitimidad constitucional de ésta ha de juzgarse conforme al principio de proporcionalidad. Dicha evaluación, según el Tribunal, ha de realizarse conforme a los siguientes pasos: a) determinación del tratamiento legislativo diferente; b) determinación de la “intensidad” de la intervención [“leve”, cuando la diferenciación se sustenta en motivos distintos a los prohibidos por la Constitución y tiene como efecto el impedimento del ejercicio de un derecho de rango legal; “media”, cuando la diferenciación se sustenta en un motivo prohibido por la Constitución y tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio de un derecho de rango legal; y “grave”, cuando se sustenta en algunos de los motivos prohibidos por la Constitución y, además, suponen el impedimento del ejercicio de un derecho fundamental]; c) determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, lo que a su vez comporta determinar el objetivo y fin de la medida; d) examen de idoneidad; e) examen de necesidad; y f) examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Más allá de haberse hecho predecible y controlable racionalmente la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la justicia constitucional, llama la atención que tras las diferentes intensidades con que debe considerarse una intervención en el ámbito del derecho de igualdad, el Tribunal virtualmente haya asimilado u otorgado el mismo efecto a supuestos de discriminación directa e indirecta; discriminación negativa y acciones positivas, etc. Igualmente, como ha puesto de relieve Carlos Bernal, que detrás de la diferenciación artificial entre las intensidades graves y medias, siempre, o casi siempre, se termine sometiendo al legislador a un control particularmente intenso bajo los alcances del principio de proporcionalidad¹⁹.

19 Cf. Carlos Bernal Pulido, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el Juicio de Igualdad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú n° 045-2004-AI/TC”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, 5/2006, pág. 501 y sgtes.

Una buena muestra de ello, precisamente, lo constituye el escrutinio realizado en ambas disposiciones de la LOCNM, las que tras ser consideradas como intervenciones especialmente intensas en el ámbito del principio de igualdad, no lograron satisfacer las exigencias que demandan el juicio de necesidad y, por tanto, fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal.

C/.Constitucionalidad de la no obligatoriedad de la colegiación de periodistas

Mediante la STC 00027-2005-AI/TC, de 8 de noviembre, el Tribunal desestimó que la Ley nº 26937 fuese inconstitucional por disponer que el ejercicio del periodismo pudiese realizarse libremente, sin exigirse el requisito de la colegiación obligatoria.

Tras destacarse la diversidad de funciones que cumplen los colegios profesionales y la íntima relación que existe entre el ejercicio profesional del periodismo con el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información, “pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”, el Tribunal recordaría que el ejercicio de dichos derechos fundamentales es libre y no está sujeto a ningún condicionamiento.

Igualmente, consideraría “que limitar el ejercicio del periodismo a profesionales titulados en esa carrera profesional supone privar a la opinión pública de la posibilidad de informarse, de manera plural, sobre una materia especializada. Ello porque, objetivamente, es muy distinto el análisis realizado, a través de los medios de comunicación social, por un periodista [...] de quien lo es”. Con base en lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85, el Tribunal finalmente declararía que las demandas de responsabilidad y ejercicio ético del periodismo podían obtenerse a través de otros medios, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.