



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ÓRGANO OFICIAL

EDICIÓN MENSUAL / AÑO 1 / N.º 11 / NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2009

Procesos de Inconstitucionalidad

■ Ingresados

-Exp. N.º 00034-2009-PITC
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de Justicia contra el artículo 1 de la Ordenanza Municipal N.º 029-GPH.

-Exp. N.º 00035-2009-PITC
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Médico del Perú contra el D.L. 1057, artículos 1.º, 3.º, 5.º y 6.º numerales 6.3 y 6.5 y 7.º del Decreto que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

■ Admisibilidad

-Exp. N.º 00031-2009-PITC
Se admitió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Don Adrián Ramírez Ambrosio Navárez contra las Ordenanzas Municipales N.º 036-07-MPT, 029-2008-MPT y 050-2008-MPT, emitidas por la Municipalidad Provincial de Trujillo.

-Exp. N.º 00016-2009-PITC
Se admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el uno por ciento de los ciudadanos del Distrito de Pichari, Provincia de La Convención, Región de Cuzco, contra la Ordenanza Municipal N.º 006-2007-MDPIA.

-Exp. N.º 00008-2009-AITC
Se admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque contra los artículos 1.º y 2.º del Decreto Legislativo N.º 1051, que modifica la Ley N.º 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre.

-Exp. N.º 00019-2009-PITC
Se declaró inadmisibles la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Jorge Antonio Guizado Salcedo, decano del Colegio de Abogados del Callao, contra la Ley N.º 29277, denominada Ley de la Carrera Judicial.

■ Improcedencia

-Exp. N.º 00021-2009-PITC
Se declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 33 congresistas de la República contra la Resolución Legislativa N.º 27998, mediante la cual se aprueba la adhesión del Perú a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad".

Procesos Competenciales

■ Ingresados

-Exp. N.º 00008-2009-CC/TC
Demanda de conflicto de competencia interpuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca contra el Congreso de la República respecto a la disposición complementaria Única contenida en la Ley N.º 29413.

-Exp. N.º 00009-2009-CC/TC
Demanda de conflicto de competencia interpuesta por la Municipalidad Provincial de Paleta contra la Municipalidad Provincial de Sechura y Municipalidad Distrital de Vice.

-Exp. N.º 00010-2009-CC/TC
Demanda de conflicto de competencia interpuesta por la Municipalidad Distrital de Amarillos contra el Gobierno Regional de Huánuco.

■ Admisibilidad

-Exp. N.º 00007-2009-CC/TC
Se admitió a trámite la demanda sobre conflicto de competencia interpuesta por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres contra la Municipalidad de Independencia.

¡MISIÓN CUMPLIDA!

Logramos superar la meta prevista produciendo más de 8500 sentencias tres semanas antes del plazo

Al asumir el cargo el presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Juan Vergara Gotelli, cuando trazó las líneas maestras de lo que sería su gestión, se fijó como una de las metas el expedir no menos de 8500 sentencias en el presente año.

No obstante, cuando faltaban 3 semanas para terminar el año, es decir el 4 de diciembre, la meta fue alcanzada, y hoy superada, lo que revela el esfuerzo del área jurisdiccional con el apoyo de la gestión administrativa.

Al comentar el éxito logrado, el magistrado Vergara Gotelli señaló que este singular logro, pocas veces alcanzado en anteriores años, ha sido posible teniendo como sustento el presupuesto asignado para el

presente año fiscal y el esfuerzo de todos quienes laboramos en este Supremo Tribunal.

Para el próximo año 2010, a pesar que el presupuesto asignado no trae ninguna mejora, se ha previsto alcanzar una producción igual a la presente, lo que constituye un verdadero compromiso institucional.

Además de este importante logro también se han producido sustanciales mejoras en el funcionamiento de todas las áreas gracias a la cooperación internacional mediante el proyecto JUSPER, en el marco del convenio con la Comunidad Europea y el Gobierno Peruano, lo que permitió mejorar el parque electrónico mediante la mejora de su hardware y



Magistrate Juan Vergara Gotelli.

software, así como el mejoramiento organizacional y el fortalecimiento de las capacidades, con el objeto de contribuir a que el sistema de justicia sea cada vez más eficaz y accesible a los ciudadanos.

Merecido homenaje a nuestro Presidente

El pasado 4 de diciembre el Presidente del Tribunal (TC), señor Juan Vergara Gotelli, recibió un justo y merecido homenaje por parte de reconocidos especialistas en derecho constitucional, con la presentación de la obra "Constitución y Proceso Homenaje a Juan Vergara Gotelli", por haber dedicado más de 35 años de su vida profesional a la judicatura en el Poder Judicial y Ministerio Público y hoy en la cúspide de su carrera, como Juez Constitucional y Presidente del supremo intérprete de la Constitución.

Al acto, que se realizó en la Sala de Audiencias del TC, asistieron destacadas personalidades, entre ellas, los ex magistrados constitucionales, Francisco Acosta y Juan Bautista Bardelli; el ex ministro de Defensa, Antero Flores-

Araoz; el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Eduardo Ruiz Botto, el Congresista Raúl Castro Stagnaro, el Vocal Supremo Francisco Távora Córdova, los destacados abogados Samuel Abad, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Jorge Santistevan de Noriega, Jorge Avendaño, Ernesto Blume Fortini, entre otros distinguidos invitados.

El magistrado Ernesto Álvarez Miranda, Director del Comité Editor de la obra, fue el encargado de la presentación de la obra destacando los méritos y la dilatada labor jurisdiccional efectuada por el homenajeado; a su turno comentaron las obras y la labor de



En la mesa de Honor: Magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, junto a los juristas Morrey Gálvez y García Bolandier.

Juan Vergara Gotelli los destacados profesores, Juan Morrey Gálvez y Domingo García Belandier.

Finalmente, el magistrado Vergara Gotelli agradeció el gesto de quienes tuvieron a bien honrar, quizá "innmercedemente, con este homenaje, a quien solo ha cumplido con su deber y su conciencia".

Precisiones:
La diferencia entre Procesos de
Cumplimiento y Amparo **PÁGINA 2**

Por primera vez:
El Hábeas Corpus a favor
de los menores de edad **PÁGINA 3**

Opinión:
Enrique Bernaldes Ballesteros
PÁGINA 4

Jurisprudencia:
El Arbitraje no es protección para
el abuso del Derecho **PÁGINA 6**

Desde las dos orillas:
Samuel Abad
Alfredo Bullard **PÁGINA 7**

Página Cultural:
El héroe detrás del mito: Carver
PÁGINA 8



Columna del Director

Carlos Mesía Ramírez



La presunción de inocencia y la pérdida de legitimidad punitiva

Mucho se ha dicho respecto de la sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional en el llamado "Caso Chacón", hasta se ha llegado al extremo de pretender desacatar el fallo, afortunadamente al momento de escribir estas líneas nos ha llegado la noticia que el Poder Judicial acató la sentencia del TC y excluyó de juicio al general (r) Walter Chacón, lo que nos releva de todo comentario.

No obstante, constituye ocasión propicia para recordar lo que el fallo (Expediente N.º 03509-2009/PHC/TC) señala en sus fundamentos. A juicio del Colegiado, el principio de presunción de inocencia (artículo 2.24.e de la Constitución) constituye un estatus jurídico que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías.

Sólo con el respeto de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello, la ausencia de una de estas garantías constituirá una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado, o si se quiere para la materialización del *ius puniendi* estatal.

De manera que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental.

Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con respeto absoluto de los derechos básicos de la persona humana. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.

En tal sentido, en el presente caso, en el que se ha mantenido al recurrente en un estado de zozobra permanente y sin que las circunstancias del caso que justifiquen una excesiva dilación, el acto reparatorio de la violación del derecho al plazo razonable del proceso consistirá en la exclusión del recurrente del proceso penal.

Jurisprudencia constitucional

Precisiones

La diferencia entre los procesos de cumplimiento y amparo

A l resolver la solicitud de aclaración formulada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud respecto de la sentencia emitida por el TC en el Expediente N.º 02005-2009-PA/TC, en el caso denominado "La píldora del día siguiente", el TC hizo algunas precisiones que conviene resaltar, en vista que los procesos de cumplimiento y amparo son absolutamente distintos y no como se había querido hacer creer. Así, en el presente caso se solicitó al máximo Tribunal exprese las razones de Derecho que lo habilitaron para expedir un pronunciamiento como el recaído en el proceso de amparo de autos, supuestamente contraviniendo lo establecido previamente en la sentencia N.º 00074-2006-PC/TC.

En primer lugar, el proceso de cumplimiento y el amparo constituyen vías constitucionales autónomas y distintas que proceden para la tutela de derechos y libertades constitucionales propios. En el proceso de cumplimiento se protege el principio de legalidad cuando afecta derechos de un particular con la negativa al cumplimiento de normas legales o actos administrativos específicos.

Es por ello que el Colegiado estableció en la sentencia N.º 00168-2005-PA/TC, como precedente vinculante, los requisitos mínimos comunes para la exigencia, vía cumplimiento, de un mandato o una norma legal, es decir que sea un mandato vigente, cierto y claro, no estar sujeto a interpretaciones complejas o dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y ser incondicional. Entonces, presentada una demanda de cumplimiento en esta sede, corresponde solo evaluar si el mandato cuyo cumplimiento se exige satisface los requisitos formales antes señalados, debiéndose así ordenar, si la demanda es amparada, el acatamiento del acto administrativo o la norma legal inculpada.

En la demanda se pidió al TC ordene al Ministerio de Salud cumpla lo que el mismo había previsto mediante las Resoluciones Ministeriales N.º 465-99-SA-S/A y 399-2001-SA-D/M, disponiendo la entrega gratuita de la denominada "píldora del día siguiente", toda vez que dicho ministerio se encontraba renuente a ello. En tanto que el amparo persigue enervar los actos lesivos acusados en la demanda con la finalidad de reponer las cosas al estado anterior, es decir resolver la controversia de fondo expuestas en el peticitorio y en la contestación de la demanda.

Es decir, al analizar la aplicación de los derechos fundamentales a una situación determinada por los parámetros del peticitorio, el juzgador tiene necesariamente que ingresar al fondo de la controversia, y como lo dice en la aclaración el Tribunal, en el caso concreto, se ha decidido en torno a lo que ha sido materia de debate, y ponderando los informes y posiciones de naturaleza científica y técnica existentes hasta la fecha, resolver frente a un estado de incertidumbre creado por las informaciones de ambas partes que, ante la duda, lleva a privilegiar el valor supremo de la vida.

El Vigía Constitucional



Regulación de habilitaciones urbanas

El TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad formulada por el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ley N.º 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, bajo el argumento –según los demandantes– que esta norma, con el pretexto de fomentar la inversión inmobiliaria, permite que se lleven a cabo construcciones de obras de manera indiscriminada, sin una previa y adecuada supervisión técnica por parte del órgano municipal.

El TC encuentra que los gobiernos locales mantienen la competencia reconocida en la Constitución y en su respectiva Ley Orgánica en cuanto se refiere al otorgamiento de las licencias de habilitación urbana como las de edificación. La intervención legislativa sólo incide en el procedimiento de otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción, mas no en el ámbito de sus competencias constitucionales reconocidas, lo que sí está reservado a la Ley Orgánica.

Y es que el procedimiento para el otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de construcción es una materia compartida entre el gobierno nacional, que tiene una competencia de regulación nacional, y los gobiernos locales, que asumen una competencia de regulación específica, como lo señala el TC en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00009-2008-PI/TC.

Aunque en la demanda no se sustentó suficientemente este argumento, el TC observa, con suma preocupación, que en los últimos años han venido ocurriendo un creciente número de accidentes en obras de construcción civil, en los cuales han fallecido, lamentablemente, trabajadores de esta rama. Los accidentes se han producido tanto en el período de vigencia de la legislación anterior como en el de la entrada en vigencia de la Ley ahora cuestionada.

Lo que se quiere decir con esto es que la Ley impugnada no podría ser declarada inconstitucional en este momento por los acontecimientos fácticos ya señalados (los accidentes en el ámbito de la construcción civil) porque, como ya se dijo estos se han producido durante la vigencia de la legislación anterior y la actual que ahora se cuestiona en su constitucionalidad.

Jurisprudencia constitucional relevante

• Son los de la cuarta lista

Declaran inconstitucional decreto que afectaba a los trabajadores cesados irregularmente

El Tribunal Constitucional (TC) declaró fundada por la forma la demanda de inconstitucionalidad planteada por el 25% de congresistas contra el Poder Ejecutivo y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º, y la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto de Urgencia N.º 026-2009.

El TC declara que los beneficios concedidos a los ex trabajadores inscritos en aplicación del precitado decreto de urgencia en el Registro de Trabajadores Cesados Irregularmente, son los mismos que se encuentran regulados en la Ley N.º 27803, su modificatoria, la Ley 38299; ello es igualmente aplicable a los ex trabajadores que fueron beneficiados anteriormente a quienes se les debe otorgar los beneficios previstos en dichas normas.

Así lo señala el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00007-2009-PI/TC, al verificar que el Decreto de Urgencia N.º 026-2009 no cumplió con los requisitos previstos en el inciso 19) artículo 118° de la Constitución, anotando que el Decreto de Urgencia debe responder a los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad.

Los demandantes solicitaban se declare la inconstitucionalidad parcial del Decreto de Urgencia N.º 026-2009, porque discrimina a los ex trabajadores que producto de la revisión que realice la Comisión

Ejecutiva serán calificados para estar en la cuarta lista de cesados irregularmente y por ende hábiles para ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI).

Afirmaron que aquellos trabajadores que estando en los primeros listados se acogieron y optaron por la reincorporación ó reubicación laboral, la jubilación adelantada o la compensación económica, tuvieron beneficios superiores a los que obtendrían los del cuarto listado, lo que transgrede el derecho a la igualdad ante la ley y afecta gravemente su dignidad, si se tiene en cuenta que su exclusión de los tres primeros listados fue una arbitraria totalmente acreditada con su posterior inclusión en el RNTCI a través del cuarto listado.



Hábeas corpus a favor de menores de edad

• Particular importancia del caso amerita tutela constitucional. Esta es la primera vez que el Tribunal Constitucional se pronuncia en un caso de este tipo a favor de menores de edad que tienen el derecho a vivir y crecer en un ambiente seguro y pleno de afecto

Al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad, a tener familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la efectividad de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por doña Shela Allison Hoefken, a favor de sus dos menores hijos, retenidos irregularmente por su padre. Esta es la primera vez que el TC se pronuncia en un caso como éste, debido a que por su particular circunstancia ameritaba tutela constitucional.

En la sentencia recaída en el Expediente N.º 01817-2009-PHC/TC, el Tribunal ordena al padre de los niños, don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, cumplir con entregar, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.A.A a su madre, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional y ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad. Respecto del otro menor, éste ya fue entregado con fecha 3 de marzo del 2008, a mérito de una medida cautelar judicial.

El TC también ha dispuesto otorgar al juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, para que, conforme a lo resuelto por este

Tribunal, ejecute de manera inmediata la presente sentencia, con todas las garantías que le otorga la Ley; así como los apremios en caso de resistencia.

Asimismo, el TC ordena al Director General de la Policía Nacional para que se preste de manera inmediata al mencionado Juez el auxilio de ley, a fin de ubicar al menor identificado con las siglas de J.A.R.A.A y sea entregado a su madre, facilitándose el allanamiento y desceraje del domicilio del empleado o cualquier otro domicilio donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia sea ejecutada de manera inmediata en sus propios términos.

En los fundamentos de la sentencia el TC considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en el expediente, se encuentra demostrado que el comportamiento del demandado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se está desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues los actos del demandado, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.

Derecho a la seguridad social y derecho de igualdad

El Fondo de Seguro de Retiro (FSR) se crea mediante Decreto Supremo 010-CGE/A3 del 3 de junio de 1966, en beneficio del personal de Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y constituye un auxilio pecuniario que se otorga por única vez cuando se produce el retiro o el cese en el cargo.

El Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA aprobado el 25 de junio de 1997, establece en su artículo 2 que el FSR está constituido, principalmente, por los aportes obligatorios del Estado y del personal Técnico, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional a razón de 7% y 3.5%, respectivamente.

Sin embargo, la Sexta Disposición Complementaria del mismo Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA, señala: "El Personal de Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas de Reserva al obtener la efectividad en el grado, serán miembros del Fondo de seguro de retiro, para lo cual deberán reintegrar el Fondo el aporte actualizado que corresponde al titular y al Estado por el mismo periodo que estuvieron en dicha condición (...)"

Se advierte que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 2, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA modifica la obligación estatal de contribuir al FSR, sin distinguir entre la procedencia del personal de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, la disposición contenida en la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA establece una disposición que vulnera la prohibición de regresividad del derecho fundamental a la seguridad social asumida por el Estado peruano, al haber establecido, sin justificación alguna, una excepción a la regla contenida en el artículo 2 del referido decreto supremo, respecto de los Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas provenientes de la reserva, que además de peyorativa, evidencia un trato discriminatorio y desigual respecto de este sector del personal de las Fuerzas Armadas y Policías.

Por lo tanto, el TC, en la sentencia N.º 03477-2007-PA/TC declara inaplicable la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA y ordena a la demandada que deje de efectuar el descuento de las remuneraciones o exigir el pago del retiro 10.5% para el FSR del Personal de Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas provenientes de la reserva y reintegre los aportes que en exceso del 3.5% de la remuneración pensable se hubieran efectuado o se les hubieran descontado, agrebando los intereses legales generados hasta la fecha de su devolución.

En consecuencia, se declara aplicable al Personal de Técnicos, Suboficiales, Oficiales de Mar y Especialistas provenientes de la reserva lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo 040-DE/CCFFAA, quedando restablecido el aporte al FSR a razón de 7% y 3.5% a cargo de la demandada y el personal de las Fuerzas Armadas y Policías, respectivamente, sin distinción de procedencia.



Opinión crítica

Enrique Bernal Ballesteros



El Tribunal Constitucional y la Jurisdicción de la libertad

La jurisdicción Constitucional aparece como un reducto institucional de defensa de la Constitución a través del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Dadas sus competencias, ella podría asumirse como un contrapoder dentro del clásico esquema de checks and balances y por tanto como una garantía para el ciudadano frente a parlamentos desmesurados o gobiernos autoritarios. Defiende la Constitución y protege la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Esa es su esencia y, por tanto, resulta arriesgado que haya quien esgrima el argumento de su eliminación o que se pretenda limitar su capacidad de interpretación bajo el argumento que reza "el TC no puede legislar en positivo".

En realidad, el TC no legisla cuando integra y cubre vacíos, pero crea Derecho. Crear Derecho es válido en la judicatura, lo hace el juez cuando interpreta y cuando integra frente a vacíos jurídicos. Lo hace el magistrado constitucional cuando integra y somete la norma legal al marco constitucional e internacional.

• Se violentó su derecho a la defensa

Ordenan reponer estudiante PNP por supuesta opción homosexual

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con los votos discordantes de los magistrados Juan Vergara Gotelli y Fernando Callen Hayen, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el alumno identificado con las iniciales C.F.A.D. contra la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra, quien fuera separado de la institución por supuestos actos de homosexualidad; si bien los magistrados suscriptores de la sentencia disienten en sus fundamentos, sus votos concuerdan con el sentido del fallo y analizaron el quórum suficiente para formar sentencia.

Sin embargo, un formalismo rígido e injustificado hace creer a algunos que el TC no puede crear Derecho ni hacer precisiones a los contenidos normativos. Olvidan que dentro de un sistema jurídico democrático, todas las instituciones estatales colaboran con la vigencia y aplicación de los principios generales que la Constitución reconoce, estos son: defensa de la persona humana (artículo 1), derechos de la persona (artículo 2), modelo de Estado (modelo republicano, separación de poderes, etc.-artículo 43), entre otros.

En esa línea y bajo la lógica sistémica, toda decisión o resolución institucional es válida cuando su contenido persiga la defensa de los principios generales. Toda duda sobre la validez de los actos de una institución democrática debe evaluarse dentro de la lógica del sistema. Si el TC precisa contenidos para afectar el Estado de Derecho y la democracia, su resolución se torna cuestionable. Si por el contrario, como ha sucedido, es para cumplir su objeto fundamental, su decisión es válida.

Actualmente, algunos critican al TC por cambiar el término "capacidad del enemigo" por la frase "capacidad del grupo hostil" en el examen constitucional de la Ley 29166 sobre reglas del empleo de la fuerza por personal militar. La adecuación de los términos a los estándares del Derecho Internacional es, simplemente, la cobertura de vacíos que podrían generar interpretaciones abusivas

de la fuerza militar que, finalmente, afecten los derechos de las personas. El TC cumple cabalmente su función porque resuelve según la lógica sistémica y el objeto fundamental de su funcionamiento. Garantiza los derechos constitucionales incorporando precisiones que aportan a sus fines. Además, lo hace sin añadir contenidos a lo existente sino corrigiendo un equívoco peligroso. Por tanto, desde la línea de las funciones que le corresponden, el TC su sentencia es válida y legítima.

No me toca pronunciarme sobre el contenido de la Ley en cuestión, lo que sería materia de otro análisis, sino sobre el proceso constitucional que da pie al conflicto entre dos instituciones democráticas como son el Congreso y el TC. El Congreso debe asumir que el TC no es una amenaza a la democracia sino por el contrario una entidad vigilante de la vigencia constitucional. La amenaza a la democracia es, por el contrario, cuestionar su existencia por el impacto de sus fallos.

En esas coyunturas, no faltan teóricos que asumen que las tareas de control constitucional debe realizarlas el Poder Judicial, como si desconocieran sus deficiencias, lagos y contradicciones. Aún cuando, en su origen, su composición deriva de acuerdos parlamentarios, hasta hoy el TC ha sido, con la Defensoría del Pueblo, una barrera contra decisiones políticas equivocadas y abusos de poder. Que la línea ya trazada continúe, lo contrario sería afectar la democracia y el Estado de Derecho.

La sentencia recaída en el Expediente N° 00926-2007-PA/TC ordena la reincorporación del demandante a la escuela policial, por cuanto se violentó el derecho a la defensa durante el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el demandante, restándole la posibilidad de proponer los medios de prueba que estimaba pertinentes para su defensa, pues no se le permitió presentar testigos ni ofrecer pruebas de descargo.

El Tribunal Constitucional concluyó que ni el test psicológico ni el examen médico constituyen pruebas

idóneas para demostrar la supuesta condición homosexual.

De manera complementaria se expresa que la condición de homosexual de una persona no significa ni puede ser visto como una disminución de su calidad moral, profesional, mental o física. Asimismo, que la opción sexual de un individuo no puede ser requisito o condición para determinar su capacidad o aptitud profesional, incluyendo la actividad policial y castrense. Sostener esto no solo es anacrónico, sino atentatorio al principio de dignidad de la persona.

TC ordena reincorporar a alumna de Escuela Militar de Chorrillos

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo formulada por la alumna Victoria Elva Contreras Siaden de la Escuela Militar de Chorrillos (EMCH) contra el Comandante General del Ejército, por haber expedido la Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 167 DP-SDAPE I-I/, de fecha 18 de marzo de 2003, mediante la cual se dispuso su separación definitiva de la Escuela, por presunta medida disciplinaria.

recurrente el mantener relaciones amorosas y sexuales con determinadas personas.

En ese sentido, el TC señaló que en la medida que la recurrente fue sancionada al atribuírsele el haber mantenido con otro cadete de la escuela relaciones amorosas y sexuales, "fuera de la Escuela", es estrictamente dicho ámbito el que se encuentra bajo la esfera de una actividad estrictamente privada de la persona, propia de su autonomía y dignidad. Agregando que su limitación no puede sustentarse en un simple prejuicio o subjetividad, sino en una razón fundamentada en argumentos científicos.

Otro aspecto que analizó el TC fue la inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que tales comunicaciones y los instrumentos que las contienen, no pueden ser abiertas, incautadas,

interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley.

Finalmente, el TC ordena a la Comandancia General del Ejército que proceda a reincorporar a la recurrente a la Escuela Militar de Chorrillos, en el nivel o grado en el que se encontraba hasta antes de ser sancionada.



De acuerdo con la sentencia recaída en el Exp. N° 03901-2007-PA/TC, el TC declaró inaplicable la resolución cuestionada por considerar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad involucra al Estado, inclusive, encontrándose este prohibido de intervenir en la esfera de la persona o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable del individuo tengan lugar, por más fundamento disciplinario en que se sustente dicha decisión, como en el caso resuelto en que se pretendió prohibir a la

Centro de Estudios Constitucionales

Diploma de Especialización en Teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales

El sábado 14 de noviembre se inauguró el Diploma de Especialización en teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales, en el local del Centro de Estudios Constitucionales (CEC).

El Diploma, que fue organizado por el CEC con el apoyo del CAFAE del TC, tuvo como principal objetivo difundir la técnica de la argumentación jurídica por ser una herramienta indispensable para la labor que desempeña el juez del Estado Constitucional, y, de otro lado, promover el conocimiento analítico y pleno de los derechos fundamentales por ser la judicatura el lugar donde se inicia su protección y se concretiza la garantía de su eficacia.

En la inauguración del evento el magistrado César Landa Arroyo impartió la conferencia magistral denominada "Teoría de la argumentación jurídica e interpretación de los derechos fundamentales".

Durante el primer día de la jornada académica se desarrollaron dos temas: "Constitucionalismo y argumentación", a cargo del doctor Gorki Gonzales; y "Tribunal Constitucional, positivismo jurídico y control constitucional", a cargo del doctor Gilmer Alarcón.

Este evento académico está dirigido a jueces, fiscales y abogados en general.



"Agenda Constitucional"

El pasado lunes 30 de noviembre se cerró el Primer Ciclo de Conferencias de la Agenda Constitucional —espacio institucional diseñado por el CEC para el debate y difusión de las funciones del Tribunal Constitucional, así como de su jurisprudencia— con la participación del Dr. Arsenio Ori Guardia, cuyo tema de exposición fue "Garantías constitucionales del debido proceso en el nuevo Código Procesal Penal". Asimismo, la clausura de este espacio académico estuvo a cargo del Magistrado Gerardo Eto Cruz, Director General del Centro de Estudios Constitucionales.

Seminario "El Código Procesal Constitucional cinco años después: Balance y Perspectivas"

Al haberse cumplido el 1 de diciembre del presente cinco años de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional consideró más que oportuno convocar a algunos de sus autores, así como a destacados constitucionalistas, a fin de analizar y debatar la aplicación de su contenido normativo de cura a la tarea de contribución a la consolidación de la justicia constitucional en el Estado Democrático de Derecho.

La jornada inaugural estuvo a cargo del Director General del Centro de Estudios Constitucionales, magistrado Gerardo Eto Cruz, a quien le sucedieron las exposiciones de los doctores Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Samuel Abad Yupanqui y Luis Sáenz Dávalos.

La segunda jornada, esto es, el jueves 3 de diciembre, expusieron los académicos Luis Castillo Córdova,

Programa de capacitación

Como consecuencia del requerimiento realizado por la Comisión de Capacitación del Área Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Centro de Estudios Constitucionales del TC desarrolló el Programa de Capacitación: "Los derechos previsionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". El referido programa, que se desarrolló del 27 de octubre hasta el 26 de noviembre, todos los martes y jueves, estuvo dirigido a Jueces en lo Civil de Lima y versó sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia previsional.

Edgar Carpio Marcos y el Director General del CEC magistrado Gerardo Eto Cruz.

El seminario estuvo dirigido a jueces, fiscales, abogados, estudiantes de derecho y público en general y se desarrolló los días 2 y 3 de diciembre en el Centro Cultural Cori Wasi de la Universidad Ricardo Palma.



Oráculo jurídico



A. ¿Cuál es el contenido esencial del derecho a la educación?

Las principales manifestaciones del derecho a la educación, que fluyen del propio texto constitucional, son: a) el acceder a una educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y c) la calidad de la educación. Estas tres manifestaciones conforman la estructura básica del derecho a la educación. El acceso a la educación tiene dos aristas fundamentales: la cobertura educativa y el acceso a la educación en sentido estricto. La permanencia con respecto de la dignidad del escolar supone que éste no pueda ser separado de la escuela por motivos desprovistos o reñidos con el principio de proporcionalidad.

Del texto constitucional se infiere una preocupación sobre la calidad de la educación que se manifiesta en la obligación que tiene el Estado de supervisarla (Art. 16°, 2do. Párrafo, de la Constitución). También se pone de manifiesto al guardar un especial cuidado respecto del magisterio, a quienes la sociedad y el Estado evalúan y, a su vez, le brindan capacitación, profesionalización y promoción permanente (Art. 15°, 1er. Párrafo, de la Constitución). Asimismo, se incluye firmemente en la obligación de brindar una educación "ética y cívica", siendo imperativa la enseñanza de la Constitución y los derechos fundamentales (Art. 14, tercer párrafo), (STC 00466-2007-PA/TC, fundamentos 15-25).

B. ¿Cuáles son las características del derecho a la educación?

Comprende las siguientes características esenciales: disponibilidad (deben ponerse a disposición de la población los suficientes centros de educación y programas de enseñanza), accesibilidad (todos deben poder acceder a los centros educativos y a los programas de enseñanza en igualdad de condiciones), aceptabilidad (los programas de estudio y métodos pedagógicos deben ser adecuados, pertinentes y de buena calidad), y adaptabilidad (los programas y métodos deben adecuarse a las necesidades de cada sociedad), (STC 00091-2005-PA/TC, fundamento 6).

C. ¿La educación es sólo un derecho fundamental?

La educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público. El derecho fundamental a la educación está consagrado en nuestra Norma Fundamental. La educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución por o por terceros bajo fiscalización estatal (STC 4232-2004-AA/TC, Fundamento 11).

D. ¿El derecho a la educación puede ser objeto de límites?

El Tribunal Constitucional ha establecido que si bien es cierto que, el ejercicio del derecho constitucional a la educación universitaria y la libertad científica o los derechos fundamentales conexos, adquieren en el Estado democrático y social de derecho un carácter significativo, sin embargo, también lo es el hecho de que éstos, como se ha reiterado, no constituyen estados de libertad irrestrictos. (STC 04232-2004-AA/TC, fundamento 44).

E. ¿Qué relación hay entre el derecho a la educación y el interés superior del niño y el adolescente?

El Estado debe velar por la vigencia del derecho de acceso a la educación en situación de igualdad y no discriminación; y ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, debe preferirse éste indudablemente ante cualquier otro (STC 04646-2007-AA/TC, fundamentos 42-46).



Doctrina jurisprudencial

Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

A. ¿En qué disposición constitucional se encuentra reconocido?

Consagrado en el artículo 139° 5 de la Constitución, garantiza que el juez resuelva la controversia jurídica sometida a su conocimiento exponiendo las razones de hecho y de derecho que justifican su decisión. Dicha motivación debe ser adecuada, suficiente y congruente (STC 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7).

B. ¿En qué consiste la falta de motivación interna del razonamiento?

La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. (STC 03043-2006-PA/TC, fundamento 4).

C. ¿En qué consiste la falta de motivación externa del razonamiento?

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas [normativa o fáctica] de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. (STC 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7).

D. ¿En qué consisten la motivación insuficiente?

No se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. (STC 03943-2006-PA/TC fundamento 4).

E. ¿En qué consisten la motivación sustancialmente incorrecta?

Obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). (STC 03943-2006-PA/TC fundamento 4).

Jurisprudencia constitucional relevante

La aplicación de una penalidad excesiva. El abuso del derecho en el ámbito constitucional

• El proceso arbitral no puede ser pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce.

Con los votos de los magistrados Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Calligros y Gerardo Eto Cruz, el Tribunal Constitucional (TC) declaró fundada la demanda de amparo formulada por la Compañía Distribuidora S.A. contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú y en consecuencia, ordenó un nuevo procedimiento de arbitraje para determinar, de manera preliminar, si se cumplió el trámite previo, a fin de establecer, luego de interpretado el cuarto párrafo de la cláusula 8.1 del contrato de compraventa, quién es el sujeto legitimado para interponer la demanda arbitral.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 03311-2007-PA/TC, publicada el 18 de octubre último, concretamente en el fundamento 17, respecto de la aplicación de una penalidad excesiva y el abuso del derecho merece especial atención. En efecto, de acuerdo con la misma, el contrato de compraventa había previsto una cláusula penal absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica.

Los magistrados del TC señalan estar plenamente convencidos que aun cuando las partes que participan de una relación contractual tienen plena y absoluta capacidad para negociar de las forma más adecuada a sus intereses, ello no significa que dicho proceso de negociación resulte lesivo a los derechos fundamentales o a los bienes jurídicos de relevancia. Ni por la forma en que se negocia ni por el resultado en que se concluye, es pues aceptable que una relación contractual devenga en contraria a las finalidades u objetivos que persigue la Constitución.

La sentencia precisa que tampoco ni muchos menos puede aceptarse que porque una de las partes haya convenido en forma tácita o expresa que una determinada obligación le resulta plenamente vinculante, aquella se torne absolutamente indiscutible, pues al margen de que su contenido incida o no en temas de estricta constitucionalidad, no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de excesos.

Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su artículo 103°, tesis que, como es obvio, no solo debe entenderse como proyectada sobre el ámbito de los derechos de orden legal, sino incluso sobre el de los propios derechos fundamentales.

En el presente caso se observa que en la citada cláusula penal, el eventual atraso en la inversión

correspondiente a cada unidad se cuantificaba en el orden de los US\$ 100,000 (cien mil dólares americanos) mensuales, que operan en forma acumulativa y sin tope alguno y, como consecuencia de dicho temperamento y estando a la fecha en que se suscribe el contrato y a la fecha en que es emitido el laudo arbitral cuantified, la cifra a pagarse por parte de los demandantes ascendería a los US\$ 36'000.000 millones de dólares americanos, cifra que incluso tendría que ser mucho más actualizada (y por supuesto, mucho más ampliada) por efectos del transcurso del tiempo.

Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada pueda pasar inadvertida y que, incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo arbitral y que gira en torno a la existencia de un proceso judicial, destinado a debatir la validez de la cláusula penal, resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. El proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce, se precisa en la resolución.

En este proceso el magistrado César Landa Arroyo emitió un voto en contra pronunciándose por la improcedencia, razón por la cual que se tuvo que llamar al magistrado Carlos Mesía Ramírez para resolver la discordia.



El Arbitraje no puede ser pretexto para desvincularse de los derechos constitucionales.

Informativo Mensual

DIRECTOR GENERAL
Carlos Mesía Ramírez
Vicepresidente del Tribunal Constitucional

EDICIÓN Y REDACCIÓN
Oficina de Imagen Institucional del
Tribunal Constitucional

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N° 2009-08639

Colaboradores: Javier Adrián y Giancarlo Cresci
Diagramación: Mariela Franco

Coordinación: Henry Rojas

Año 1. N° 11, diciembre 2009 - Tiraje: 10,000 ejemplares

Desde las dos orillas

El Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia en el caso CODISA, que el proceso arbitral no puede ser pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce. En el presente caso el contrato de compra-venta había previsto una cláusula absolutamente draconiana o de imposible cumplimiento en la práctica. A continuación tenemos las opiniones de los distinguidos especialistas Samuel Abad Yupanqui y Alfredo Bullard González.

Samuel B. Abad Yupanqui



¿Puede el TC anular un laudo arbitral?

"A nuestro juicio, la procedencia del amparo contra laudos debe ser excepcional y tratar de lograr un equilibrio razonable entre el arbitraje, sus mecanismos ordinarios de control -v.g. la anulación- y el proceso de amparo para evitar que aquel se termine 'judicializando'"

A través de la STC 05311-2007-PA/TC una Sala del Tribunal Constitucional (TC) ha declarado fundada la demanda de amparo interpuesta -cinco años antes- por Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) contra un laudo arbitral, disponiendo que el proceso arbitral se realice nuevamente. Se trata de la primera sentencia del TC que declara fundada una demanda de tal naturaleza.

La controversia que condujo al arbitraje se produjo debido al incumplimiento de CODISA de la inversión comprometida y los pagos pendientes al haber adquirido cuatro hoteles en el marco del proceso de privatización. El Laudo, de 12 de agosto de 2004, obligaba a dicha empresa a pagar 36 millones de dólares a COFIDE como penalidad. Dicho Laudo motivó la demanda de amparo.

La Constitución (artículo 139.1) concede rango constitucional al arbitraje. Asimismo, señala que el amparo procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere derechos constitucionales (artículo 200.2). Por su parte, el TC admite la procedencia del amparo contra laudos sujetándolo a determinadas reglas. Ha calificado al arbitraje como una "jurisdicción arbitral" agregando que "no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral" (STC 6167-2005-PHC/TC, FJ 23).

El TC declaró procedente la demanda pese a encontrarse en trámite un recurso de anulación, pues consideró que se presentó antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional y, por tanto, dicha norma no era aplicable ni la jurisdicción dictada a su amparo. Afirmó que no se cumplió con un procedimiento previo previsto en el contrato y que el Laudo afectaba el derecho a la prueba al basarse en una pericia de parte sin considerar la otra ni motivar al respecto. Finalmente, sostuvo que la cláusula penal que obligaba a CODISA a pagar 36 millones de dólares, constituía un abuso del derecho que resultaba inconstitucional por desproporcionada. Es decir, el TC examinó el fondo de la controversia anulando la decisión de los árbitros por estimarla abusiva.

Se trata de una decisión polémica. Un caso de esta trascendencia debió ser resuelto por el Pleno y no por una Sala del TC. Además, antes de la vigencia del Código, el TC había sostenido que debía agotarse previamente el recurso de anulación (STC 3255-2003-AA/TC, FJ 3 y 4, publicada el 30 de abril de 2004). La única excepción fue el caso PROIME (STC 4195-2006-AA/TC) que no constituyó fundamento de esta sentencia. Por ello, habían sólidas razones para declarar improcedente la demanda y no ingresar al fondo.

A nuestro juicio, la procedencia del amparo contra laudos debe ser excepcional y tratar de lograr un equilibrio razonable entre el arbitraje, sus mecanismos ordinarios de control -v.g. la anulación- y el proceso de amparo para evitar que aquel se termine "judicializando". Por ello, creemos que debería circunscribirse a tutelar el debido proceso "procesal". Es preciso encontrar un razonable equilibrio entre la denominada "jurisdicción arbitral" y la llamada "jurisdicción constitucional", que esta sentencia no ha logrado alcanzar.

Alfredo Bullard González



¿Abuso del derecho o abuso del amparo?

"Al igual como una golondrina no hace el verano, una ventisca no hace el invierno. Esperemos que ese fallo sea eso: una mera ventisca, un dejar abierto de manera descuidada una ventana, que deja entrar un frío que escarapela"

Siempre respaldó lo que el Tribunal Constitucional (TC) venía haciendo en materia de protección al arbitraje, reconociendo su voluntad de proteger el pacto de las partes para arbitrar. Comenté en seminarios aquí, y en el exterior, sin ocultar mi orgullo por un país en el que el arbitraje ha avanzado tanto, ese compromiso. Pero a partir de la resolución emitida en el Expediente No. 05311-2007-PA/TC, conocido como el caso CODISA, quizás tengamos que cambiar el discurso. El caso atropella la voluntad de las partes a arbitrar.

El arbitraje es, ante todo, un contrato. Puede no gustarme pagar la deuda contratada, pero si la pacté tengo que hacerlo. Puede que no me guste lo que resolvieron los árbitros, pero si lo pacté tengo que respetarlo. Esa es la base del porque solo los árbitros pueden pronunciarse sobre el fondo. No es por que no se puedan equivocar. Es por que las partes acordaron que ellos decidan y renuncian a que lo vea otro.

Si el TC cree que puede verlo, entonces también puede mañana cambiar el precio en una compraventa o cambiar el plazo de un contrato o cambiar a la persona que contraté para cantar en un concierto. Y si hace eso la palabra empeñada ya no valdrá nada. Por eso no se exagera cuando se dice que esas licencias abren la puerta para liquidar la confianza en los contratos, o como en este caso, liquidar la confianza en el arbitraje.

Me han pedido que comente la anulación del laudo por el TC por una penalidad que sería un abuso del derecho. Se privatizan unos hoteles y se pacta una cláusula penal de US \$ 100,000 mensuales por no efectuar las inversiones comprometidas. Frente a los árbitros las partes tuvieron la oportunidad de discutir si la penalidad estaba bien o mal aplicada. Pudieron discutir su carácter supuestamente excesivo.

Pero el TC decidió, sin ningún elemento de juicio, que los US \$ 36,000,000 fruto de la acumulación de la penalidad eran desproporcionados. ¿De donde sacaron eso? ¿Cuáles eran los daños reales? ¿Acaso la no entrada en operación de los hoteles en las condiciones acordadas no generaba un daño a la imagen del país en una industria sensible como el turismo? Sinceramente no tengo respuestas a esas preguntas, pero del texto de la resolución se desprende que los miembros del TC tampoco las tenían y sin embargo anulaban el laudo.

En la resolución se critica el no haberse hecho una pericia dirimente pero el TC no tuvo al frente ninguna pericia para calificar la desproporción. El TC sufre entonces de un mal mayor al que critica en su fallo: no abusa de un derecho, sino de una facultad pública. Y ello es un abuso de mayor calibre.

Al igual como una golondrina no hace el verano, una ventisca no hace el invierno. Esperemos que ese fallo sea eso: una mera ventisca, un dejar abierto de manera descuidada una ventana, que deja entrar un frío que escarapela. Pero siempre el descuido puede cerrar el resaca por el que entra ese viento helado. Ojalá lo haga antes que pesquemos una pulmonía.



Tus Derechos: Programa producido por el Tribunal Constitucional con el apoyo de la Cooperación Técnica Alemana GTZ.

Todos los sábados a las 10:30 a.m. por TV Perú, Canal 7

Sugerencias y comentarios al correo: tusderechos@tcgob.pe

gtz

Página Cultural

El héroe detrás del mito

Escribe: Paulo Rosas Chávez

Uno pocas veces sabe qué es lo próximo que tendrá para leer; claro, cuando se tiene este hábito. Parte del proceso de la lectura consiste en este descubrimiento, casi siempre, temeroso. Y temeroso porque uno siempre espera algo de la lectura; en función del algo es que parte la búsqueda. Cuando se coge a Carver por primera vez, el algo del que supuestamente se debe partir se quiebra a los pocos párrafos.

A Raymond Carver se le atribuyen calificativos como el del más representativo escritor minimalista de Norteamérica o como el pionero de lo que algunos, principalmente en Europa, denominan "realismo sucio". Desde que empezó a publicar sus escritos en los diarios *The New Yorker* y *Esquire*, hasta que, a partir de los años 70, sus relatos y poemas tomaron la forma de libros cuyos nombres siempre sugerían un malestar agradable, con el cual se hacían "y hacen" irresistibles para leer ("¿Quieres hacer el favor de callarte, por favor?", "¿De qué hablamos cuando hablamos de amor?" o "Visor", entre los más conocidos), se le atribuyó el uso de ese tono aborador, en cierto sentido, preciso pero con multifructivos significados, en donde el contexto de la historia queda relegado, hasta cierto punto, para dejar a los personajes hacer su trabajo, que principalmente consiste en pasar malos ratos o reivindicarse de tal manera que sólo ellos comprenderían.

El autor de los relatos desesperanzados dejó este mundo hacia el año 1988. Tras diez años de mitificación póstuma, en 1998, su esposa, la poeta y ensayista norteamericana, Tess Gallagher, hizo público un hecho desconcertante: el editor de su esposo, Gordon Lish, de quien se sabía que dio recomendaciones a Carver respecto a títulos y uno que otros detalles estilísticos hasta que rompieron relaciones tras la publicación de "¿De qué hablamos cuando hablamos de amor?", había hecho más que simples recomendaciones.

Se dice que, en ocasiones, sustituía finales, revivía personajes o, más importante, afectaba el estilo del autor. Pregunta: ¿un autor que a lo largo de tanto tiempo ha sido glorificado por crear un nuevo estilo en la literatura, "una nueva manera de narrar", afirman muchos, puede perder el crédito por una revelación como esta?

Tras una mirada fugaz al asunto, cualquier persona afirmaría que, en efecto, Carver no merecería el reconocimiento que le es otorgado. Sería como festejar las hazañas de un héroe, a quien todos atribuyen la habilidad de comer todo su puchero, cuando en realidad fue el insaciable perro quien devoró todo en cuestión de segundos. Este razonamiento, claro está, tras una mirada fugaz al asunto.

El próximo año la editorial Anagrama publicará los primeros relatos de Carver en su versión original, sin las modificaciones realizadas por Lish, traducidos al



Raymond Carver, escritor estadounidense.

español. A partir de lo que se pueda apreciar en ese momento es que los estudiosos de la obra podrán dar una sentencia: si el Carver que conocemos es diferente del que se nos ocultó en lo afanes de caer mejor al público, o si son, en cambio, parecidos y hasta confundibles, lo cual haría toda esta polémica irrelevante y colocaría a Lish como un colaborador eficaz. Sin embargo, muchos especulan la destrucción de un mito, el asesinato de una leyenda a manos de un editor ambicioso.

Pero el valor de una obra literaria -lámense cuento, poema, novela, etc.- se determina a partir de diferentes aspectos según cada persona. Es imposible determinar objetivamente el valor de un cuento, mucho menos de un poema; el valor de ambos es, más bien, subjetivo. Con esta lógica, los cuentos de Carver, por sí mismos, hallan su valor, más que en la institución de un nuevo estilo -que a la larga lo único que institucionaliza es un nuevo capítulo en un libro de análisis de tendencias literarias-, en la repercusión en cada persona que los lee. Para alguno será el lenguaje en su uso económico pero preciso, flagrante pero puntual. Para otro será la nebulosa construcción de los personajes a través de los diálogos y actos. Para ambos será el final abierto pero sin posibilidad de redención que termina por cerrar la atmósfera cruda y sombría.

El Raymond Carver que se conoce -y que fascina- es el de los cuentos que actualmente circulan. Luego de la publicación a realizar por Anagrama, ¿morirá este Carver, con todo lo que engloba, y dará paso a un nuevo escritor del cual no tenemos idea? Esto es, en definitiva, poco probable. Alessandro Baricco, escritor italiano que descubrió los escritos originales de Carver y escribió un artículo respecto al tema en *La Repubblica*, escribió, luego de una pesimista comparación entre la versión actual, modificada por Lish en el final, de "Diles a las mujeres que salimos" y la original, "la curiosidad no es la de entender si es más bello el cuento tal como lo escribió Carver o como salió de la tija de Gordon Lish. Lo interesante es descubrir, bajo las correcciones, el mundo original de Carver. Es como llevar a la luz un cuadro sobre el cual alguien ha pintado después otra cosa. Usas un solvente y descubres mundos ocultos."

Así, pues, es que Carver seguirá siendo el mismo, porque detrás de él está, y estuvo, Carver.

Raymond Carver

Carver nació en 1938 en Clatskanie, Oregón (Estados Unidos). Su padre trabajaba en un aserradero. Su madre trabajaba como camarera y vendedora. Tuvo un único hermano llamado James Franklin Carver.

Durante algún tiempo, Carver estudió bajo la tutela del escritor John Gardner, en el *Chico State College*, en Chico, California. Publicó un sinnúmero de relatos en revistas y periódicos, incluyendo el *New Yorker* y *Esquire*, que en su mayoría narran la vida de obreros y gente de las clases desfavorecidas de la sociedad estadounidense. Sus historias han sido incluidas en algunas de las más prestigiosas compilaciones estadounidenses: *Best American Short Stories* y el Premio O. Henry de relatos cortos.

En 1988, fue investido por la Academia Americana de Artes y Letras. Los críticos asocian los escritos de Carver al minimalismo y le consideran el padre de la ciudad corriente del realismo sucio. En la época de su muerte Carver era considerado un escritor de moda, un ícono que América "no podría darse el lujo de perder", según Richard Gottlieb, entonces editor de *New Yorker*. Sin duda era su mejor cuentista, quizá el mejor del siglo junto a Chéjov, en palabras del escritor chileno Roberto Bolaño. Al hilo de esta idea cabe destacar un sobrieto cuento dedicado a los últimos días del referido escritor ruso de nombre "Tres rosas amarillas".

Carver murió en Port Angeles, Washington, de cáncer de pulmón, a los 50 años de edad.

"Catedral"

(Fragmento de la novela)

El narrador de la historia informa a los lectores que un amigo de su esposa, un hombre ciego, está en camino para visitarlos. El narrador no está muy contento con aquella visita, pues las personas ciegas no le agradan, sobre todo porque el narrador no tiene ninguna experiencia tratando personas ciegas.

Además de su malestar con los ciegos, el narrador se siente incomodado con la relación de su esposa con el ciego. La esposa y Robert, el ciego, han mantenido una estrecha relación a través de correo de ida y vuelta, y el narrador encuentra esto inquietante. A pesar de los sentimientos del narrador sobre la visita, Robert aparece, y los tres cenan juntos. Robert y el narrador comienzan a conocerse.

A lo largo de la obra, los límites que el narrador ha puesto en su interacción y comunicación con los demás se ven erosionados por la persistencia de Robert por darse a conocer. Como resultado, el narrador se enfrenta a sus propias inseguridades y errores, no sólo acerca de Robert y los ciegos, sino también sobre su propia capacidad para interactuar con otros.

Raymond Carver

Catedral



COMPACTO 48 ANAGRAMA