



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSÉ MIGUEL ÁNGEL CORTEZ VIGO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de septiembre de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular adjunto, del magistrado Landa Arroyo, Mesía Ramírez y Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por José Miguel Ángel Cortez Vigo contra la resolución emitida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 272, su fecha 22 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 26 de octubre de 2006, don José Miguel Ángel Cortez Vigo –en calidad de promotor solicitante de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del **“Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”**– interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), solicitando se declare la nulidad de: (i) la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006; y, (ii) la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006. Asimismo, solicita se disponga la convocatoria a referéndum.

El recurrente alega que con fecha 29 de marzo de 2001 se inició el procedimiento de iniciativa legislativa a fin de que el referido proyecto de ley sea dictaminado y votado por el Congreso de la República; que este procedimiento, sin embargo, culminó con la promulgación de la Ley 27677 “Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI”, la misma que modificaba de manera sustancial la iniciativa legislativa; y que, en consecuencia, y a tenor de lo establecido por los artículos 16º y 41º de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se solicitó la iniciación del procedimiento de referéndum.

Señala también que en el trámite del procedimiento se cumplió con todos los requisitos exigidos por la Constitución y la leyes vigentes para el ejercicio de iniciativas de participación ciudadana; que, no obstante, el JNE emitió la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, que declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentado que autorizarlo resultaría inconstitucional,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

pues el artículo 32° de la Constitución Política del Perú señala que las normas de carácter tributario no pueden ser sometidas a este procedimiento, y que el desembolso por concepto de FONAVI tiene naturaleza tributaria, aserto para el cual se basa en el Oficio N.° 095-2006-PCM/DM, suscrito por el Presidente del Consejo de Ministros, el cual señala que “atendiendo a que los recursos financieros del FONAVI eran contribuciones obligatorias de los trabajadores cualquiera sea su régimen o estatuto laboral, estas tenían carácter tributario (...)”. Agrega que en vista de ello, presentó un recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, el cual fue declarado improcedente por los mismos argumentos que los considerados vertidos en la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.° 1215-2006-JNE.

Asimismo aduce la vulneración de sus derechos constitucionales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum y al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Respecto al derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país, alega que el JNE se ha arrogado funciones que no le competen en la medida que pretende verificar requisitos exigidos por la Constitución y la Ley, lo cual es atribución de la ONPE; que el JNE pretende interpretar la naturaleza de la norma, cuando ello le compete al Congreso de la República, que ya lo hizo puesto que ya definió la naturaleza del proyecto de ley (cuando se presentó la iniciativa legislativa) y no le atribuyó carácter tributario. Por otro lado, con relación al derecho constitucional al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, señala que la decisión del JNE, al basarse en el Oficio N.° 095-2006-PCM/DM, ha sido notoriamente influenciada por el Poder Ejecutivo, pues, al darle participación al Presidente del Consejo de Ministros, ha convertido en los hechos a este procedimiento en uno trilateral administrativo de carácter contencioso, rompiendo con ello la autonomía de esta entidad y desobedeciendo el artículo 31° de la Constitución, el cual garantiza la neutralidad del Estado en los procesos electorales.

Finalmente, con relación a la supuesta naturaleza tributaria del desembolso por concepto de FONAVI, el recurrente niega que tenga tal naturaleza, argumentando que en realidad constituye un recurso financiero de carácter privado, por cuanto es propiedad absoluta de los trabajadores aportantes; que nació como participación financiera de los trabajadores con la finalidad de ser destinada exclusivamente a la construcción y refacción de viviendas de los aportantes; que, respecto a la modificación de la norma (a través de la Ley 25520), que establecía que los recursos se utilicen para la electrificación de asentamientos humanos, ello se otorgaba en calidad de crédito, lo que evidencia que los fondos del FONAVI no son de libre disposición del Estado, al contrario de lo que sucede con los tributos. Asimismo, reseña las características de las diferentes clases de tributos (impuestos, contribuciones y tasas), las mismas que no corresponden a la realidad fáctica y legal del FONAVI.

La entidad demandada no contesta la demanda, puesto que ha sido rechazada liminarmente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resolución de primera instancia

El Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, con fecha 3 de noviembre el 2006, rechaza liminarmente la demanda por considerar que no se evidencia legitimidad para obrar ya que, si bien el demandante alega ser el promotor solicitante del referéndum, ello no se acredita con documento público idóneo.

Resolución de segunda instancia

La recurrida declara improcedente la demanda argumentado que el inciso 8 del artículo 5 Código Procesal Constitucional señala que no proceden los recursos constitucionales cuando se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad; y que, por ello, resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

III. CUESTIONES CONSTITUCIONALMENTE CONTROVERTIDAS

Este Colegiado efectuará un análisis de las siguientes materias que considera de relevancia constitucional:

1. Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo materia del presente proceso.
2. Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI.
3. Constitucionalidad de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE y las garantías relativas al debido proceso.

IV. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

El recurrente interpone demanda de amparo por considerar que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Solicita, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional:

- Declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006;
- Declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006; y,
- Disponga la convocatoria a referéndum.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo

Aplicación del artículo 5.8 del Código Procesal Constitucional.

Facultad del Tribunal Constitucional para resolver el presente caso.

- La resolución materia de recurso de agravio consideró manifiestamente improcedente la demanda y aplicable a ella el numeral 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto por la entonces vigente Ley 28642¹ (“no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad, resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno”). En el caso, en efecto, se trata de dos resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones que deniegan el derecho a referéndum nacional para la aprobación del “*Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*”, que el recurrente reputa como vulneratorias de sus derechos a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum y al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. En ese marco de análisis, este Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiterada jurisprudencia respecto **a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE)** si y sólo si estos actos vulneran los derechos fundamentales de la persona. Así, ha enfatizado que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide —en lo que a la materia constitucional respecta— se encuentra este Colegiado. Desde luego, el JNE no se halla al margen de este imperativo constitucional.

- En ese sentido, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la STC 2366-2003-AA/TC:

(...) aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino

¹ Numeral declarado inconstitucional por el Resolutivo 1 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente N° 00007-2007-PI-TC, publicado el 22 junio 2007, recuperando su texto original (No proceden los procesos constitucionales cuando: ...Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

- De tal manera, el Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo. Esto en el sentido de que no existen ámbitos exentos de vinculación con la Constitución.
- En consecuencia, este Colegiado emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la demanda de autos.

2. **Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI**

- Las Resoluciones N.ºs 1215-2006 y 1278-2006 del Jurado Nacional de Elecciones declararon improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum presentada por la Asociación de Fonavistas, argumentando que dicha convocatoria resulta inconstitucional en la medida que el artículo 32 de la Constitución Política del Estado prohíbe someter a referéndum normas de carácter tributario. En consecuencia este Colegiado estima que corresponde analizar si efectivamente la contribución de los trabajadores al Fondo Nacional de Vivienda, dispuesta por el Decreto Ley 22591, que creó el FONAVI, es un tributo o no. El examen debe realizarse en el marco del artículo 74 de la Constitución del Estado, que dispone que los tributos sólo se crean exclusivamente por ley.
- El Código Tributario, al referirse al ámbito de aplicación, en su artículo II define qué tipo ingresos del Estado se consideran como tributos, término genérico que comprende: a) impuesto, tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado; b) contribución, tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; y c) tasa, tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

El Decreto Ley 22591 creó en el Banco de la Vivienda del Perú el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país; y en su inciso a) del artículo 2º dispuso una contribución obligatoria de los trabajadores, recursos que, conforme al artículo 17 de la ley, eran destinados a la construcción de viviendas para ser alquiladas o vendidas a los trabajadores que contribuyan al FONAVI. Estos aportes, para ser considerados como tributo, deben cumplir con el principio de legalidad y reserva de ley que ordena el artículo 74 de la Constitución, así como reunir los elementos esenciales del tributo, es decir que: a) su creación debe ser por ley, b) la obligación pecuniaria debe estar basada en el *ius imperium* del Estado, y c) deben estar respaldados por su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Al analizar el Decreto Ley 22591, en especial la contribución de los trabajadores, se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591. Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998.

3. Constitucionalidad de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE y las garantías relativas del debido proceso

Este Colegiado considera que lo peticionado por los demandantes se circunscribe al ejercicio de la entidad electoral respecto a las garantías relativas al debido proceso en general y a la debida motivación de resoluciones en particular. Aduce el recurrente que la decisión de esta institución fue irregular, ya que se sustentó en el Oficio N.º 095-2006-PCM/DM, emitido por el entonces Presidente del Consejo de Ministros.

En cuanto a la debida motivación de resoluciones como parte de un debido proceso, este Tribunal ha indicado que "(...) el derecho a la motivación de las resoluciones es un derecho implícito. Genera la obligación de que dichas resoluciones deban contar con suficiente motivación tanto de los hechos como de la interpretación y/o razonamiento de las normas invocadas (...) (2192-2004-AA/TC)".

De las propias resoluciones impugnadas puede advertirse que los recurrentes han cumplido los requisitos "formales" para que su iniciativa pueda ser vista mediante referéndum. Así, es de advertirse que la denegatoria para que se haga ejercicio del derecho de referéndum se sustenta básicamente en tres motivos:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a) *En la configuración del concepto "FONAVI" dentro de la definición de contribución como especie de tributo de acuerdo a lo estipulado por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.*

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del FONAVI, habiéndosele considerado como "ingreso público", "aporte voluntario", "tributo", etc. Y, dentro de la naturaleza tributaria, se le ha venido catalogando como "impuesto" y en otros casos como "contribución". Lo cierto es que, de acuerdo a la norma que crea el FONAVI, Decreto Ley 22591, su establecimiento tuvo **la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los trabajadores contribuyentes al mismo, utilizando para tal efecto como recursos financieros, aquellos provenientes de la contribución de los trabajadores y empleadores**, entre otros. Durante el transcurso de los años de vigencia esta finalidad y características han desnaturalizado la iniciativa de "vivienda" que tenía inicialmente.

El JNE, en las resoluciones cuestionadas, cataloga el concepto bajo análisis como un ingreso de naturaleza tributaria, indicando que la norma II del Título Preliminar del Código Tributario clasifica las principales especies de tributo, entre ellas al impuesto, como principal manifestación del mismo, así como a la contribución y la tasa.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el análisis de algún "fenómeno jurídico" debe realizarse a la luz del régimen constitucional tributario, esto es, el artículo 74 de nuestra Constitución de 1993, ("Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio...No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo"). Pues bien, el JNE, al resolver las resoluciones cuestionadas, no debió atenerse a lo dispuesto por normas infraconstitucionales o de orden legal (Código Tributario) sino más bien ampararse en lo dispuesto por la Constitución de 1993. Precisamente, el artículo 74 señala como uno de los principios rectores del sistema tributario nacional al "respeto de los derechos fundamentales", como vendría a ser el caso de "el derecho a participar en la vida política de la nación", concretamente en un referéndum. El deber de motivar debió obligar al JNE no sólo a realizar un mero análisis legal de las normas de carácter tributario o a darle una interpretación textual o literal, sino a sustentar su decisión de acuerdo a las normas de orden constitucional que rigen el sistema tributario nacional. Además, debió utilizar otros métodos de interpretación que tenga en cuenta los fines de la norma, el contexto histórico, sus características, elementos, etc. Por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ello, este Colegiado considera que este extremo de las resoluciones no estuvo debidamente motivado.

b) Referencia a las jurisprudencia emitida por este Tribunal sobre el FONAVI

En principio, de acuerdo al petitorio, debe circunscribirse el ámbito de análisis del FONAVI al período transcurrido desde su creación (30 de junio de 1979) hasta el 28 de agosto de 1998.

Por otro lado, la motivación de una decisión no sólo implica expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada (STC 4289-2004-AA/TC).

El JNE indica en sus resoluciones que el Tribunal Constitucional, mediante STC 001-1999-AI/TC, declaró inconstitucional el artículo 2.1. de la Ley 26969, los artículos 3 y 4 de la Ley 27044, y el artículo 2 de la Ley 27045, en el extremo que permite que el Estado se apropie, por concepto de “contribuciones reembolsables”, de ingresos superiores al monto prestado por la UTE del FONAVI y, asimismo, que declaró inconstitucional el inciso 6.2. del artículo 6 de la Ley 26969, que permitía que el Estado haga uso libre del saldo que resulte de la liquidación del FONAVI, dándole carácter tributario a los aportes al Fondo Nacional de Vivienda. Sin embargo, debe precisarse que dicho argumento carece de validez ya que las normas y períodos reclamados por los asociados son anteriores a la fecha de la sentencia emitida por este Colegiado. En consecuencia, tampoco este extremo de las resoluciones fue debidamente motivado.

Evolución del FONAVI en el marco legal nacional

| Norma | Principales Características | Recursos Financieros | Destino del Fondo | Administrador | Entrada en Vigencia |
|-------------------|--|---|--|--|---------------------|
| Decreto Ley 22591 | Crea el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con la finalidad de satisfacer en forma progresiva la necesidad de vivienda de los trabajadores en función de sus ingresos. | -Desembolsos obligatorios de empleados y trabajadores -Desembolsos facultativos de trabajadores independientes. -Aporte obligatorio del Estado. -Producto de la venta y arrendamiento de | La construcción de viviendas a alquilarse o venderse a trabajadores que contribuyan al FONAVI, así como otorgar créditos con fines de vivienda a los trabajadores que contribuyan. | Fondo Nacional de Vivienda y Bienestar Social. | 30/06/1979 |



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| | | | | | |
|---|---|---|---|--|------------|
| | | inmuebles -Intereses percibidos por depósitos y créditos otorgados, entre otros. | | | |
| Ley 25388 | Ley de Presupuesto. | Sin modificación a este respecto. | Los recursos del FONAVI se otorgan de la siguiente manera: 75% créditos individuales o colectivos destinados a la construcción de viviendas 25% destinado a obras de saneamiento. | Sin modificación a este respecto. | 08/01/1992 |
| Decreto Ley 25436 | | Sin modificación a este respecto. | Financia proyectos específicos de habilitación de lotes con servicios básicos, saneamiento, vivienda y desarrollo urbano. | Ministerio de Vivienda y Construcción. | 16/04/1992 |
| Decreto Ley 25520 | | Sin modificación a este respecto. | Financiamiento prioritariamente de obras de infraestructura sanitaria, electrificación, construcción, ampliación y refacción de centros comunales y recreativos, tratamiento de vías locales e interdistritales, entre otros. | Ministerio de la Presidencia. | 27/05/1992 |
| Decreto Suprem o Ext. 043- PCM- 93 | Sin modificación a este respecto. | Sin modificación a este respecto. | Mantiene lo señalado en la norma anterior, sólo varía respecto de las vías: ahora es para las nacionales y locales. | Sin modificación a este respecto. | 27/03/1997 |
| Ley 26969 | Crea el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, el mismo que sustituye la contribución al | Esta información no se aplica a esta norma. | Esta información no se aplica a esta norma. | SUNAT | 28/08/1998 |


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

| | | | | | |
|-----------|--|---|--|-------------------|------------|
| | FONAVI. Así, se ordena su liquidación. | | | | |
| Ley 27677 | Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI. | Esta información no se aplica a esta norma. | Los fondos serán intangibles y serán utilizados por el MEF para financiar la construcción de viviendas de interés social, remodelación de viviendas y préstamos para ampliación de casa única. También para financiar la adquisición de terrenos de interés social y materiales de construcción. | Fondo MIVIVIENDA, | 02/03/2002 |

c) *Al oficio remitido por la Presidencia del Consejo de Ministros que define como tributo al FONAVI*

A fojas 73 de autos obra la Resolución N.º 1215-2006-JNE, que indica: “A mayor abundamiento el Presidente de Consejo de Ministros mediante Oficio Nro. 095-2006-PCM/DM, en el que señala que: atendiendo a que los recursos financieros del FONAVI eran contribuciones obligatorias de los trabajadores cualquiera sea su régimen o estatuto laboral, estas tenían carácter tributario, por lo que de conformidad con el último párrafo del artículo 32 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 40 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y el artículo 126 de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, no pueden someterse a referéndum”.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que tal fundamentación por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión (4228-2005-HC/TC). Ello porque es imposible que un organismo que administra justicia en materia electoral sustancie su decisión en un “simple oficio” carente de validez desde el punto de vista legal, al no estar de ninguna manera legitimada la Presidencia del Consejo de Ministros para darle naturaleza a una norma de orden jurídico-tributario.

Por ello, en este extremo de sus resoluciones, el JNE tampoco ha respetado el deber de motivación, pues tal implica que en los considerandos de la resolución quede perfectamente claro el razonamiento lógico jurídico por el cual llega a una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

determinada conclusión. En ella deben constar los fundamentos de hecho y de *derecho que de manera suficiente y razonada lleven al fallo (STC 6712-2005-PHC/TC)*.

En mérito a que el Tribunal Constitucional ha considerado, en su fundamento 2.2.4, que los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; en consecuencia, la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Declarar nulas las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE, debiendo esta entidad emitir nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32.2 de la Constitución Política del Estado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR ()



EXP. N.º 1078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSÉ MIGUEL ÁNGEL CORTEZ VIGO

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y MESÍA RAMÍREZ

Con el debido respeto a la opinión vertida en el presente proceso constitucional por parte de nuestros colegas magistrados, discrepamos respetuosamente del sentido de la decisión, por los fundamentos que exponemos a continuación:

I. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. Vista la demanda interpuesta, en estricto, los demandantes solicitan al Tribunal Constitucional declare la nulidad de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006; de la Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1278-2006-JNE, emitida con fecha 20 de julio de 2006; y que disponga la convocatoria a referéndum; por supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la participación individual o colectiva en la vida política del país a través de referéndum, así como al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Sobre el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

2. El Tribunal Constitucional ha señalado en procesos constitucionales anteriores, bajo los principios de interpretación constitucional de unidad y de concordancia práctica, la procedencia del proceso de amparo como un instrumento de control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, cuando estos vulneran los derechos fundamentales de las personas; así: caso Lizana Puelles (STC 5854-2005-AA/TC), caso Castillo Chirinos (STC 2730-2006-PA/TC) y en la STC 0007-2007-PI/TC.
3. Ello por cuanto, como se ha señalado en las sentencias citadas anteriormente, pretender la irrevisabilidad de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que lesionen los derechos fundamentales, vulnera el derecho de acceso a la justicia como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida ésta en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución, en concordancia con su artículo 200º inciso 2. En torno a ello este Tribunal precisó que detrás del establecimiento de los procesos constitucionales *de la libertad*, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

4. Los artículos 142° y 181° de la Constitución tienen por propósito garantizar que ningún otro poder del Estado se arrogue la administración definitiva de justicia en asuntos electorales. Sin embargo, cuando el Jurado Nacional de Elecciones ejerce sus funciones en abierta contravención de los derechos fundamentales, el asunto escapa de los contornos estrictamente electorales, tornándose en una cuestión de relevancia constitucional directa, pues, desde ese instante, en observancia del artículo 200° inciso 2 de la Constitución, se reconoce el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado, mediante el proceso de amparo.
5. Una interpretación contraria no sólo sería atentatoria del referido artículo 200° inciso 2, sino también de su artículo 201°, que reconoce a este Tribunal como el órgano de control de la Constitución. De ahí que, como en los casos anteriores, el Tribunal Constitucional tiene plena competencia para realizar el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que ahora cuestiona el demandante.

Sobre la procedencia de la convocatoria a referéndum

6. El principal problema constitucional a resolver en el presente caso es determinar si el Jurado Nacional de Elecciones a través de la Resolución N.º 1215-2006-JNE, de fecha 7 de julio de 2006, y de la Resolución N.º 1278-2006-JNE, de fecha 1278-2006-JNE, que declaró improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, vulneró el derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país, así como el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Se debe tener en consideración que el JNE declaró la improcedencia de la solicitud de convocatoria a referéndum, argumentando que su autorización resultaría inconstitucional en la medida de que el artículo 32° de la Constitución del Estado reconoce que

“[n]o pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, **ni las normas de carácter tributario y presupuestal**, ni los tratados internacionales en vigor” (*subrayado agregado*).

7. En ese sentido, es decisivo para la resolución de la presente demanda determinar la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para estimar o desestimar la demanda. En realidad, dicha determinación no es una cuestión que el Tribunal Constitucional acometa por primera vez en el presente proceso constitucional, pues ya en sentencia anterior ha reconocido la naturaleza tributaria del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FONAVI, de modo tal que es pertinente remitirnos a lo ya resuelto en un proceso de inconstitucionalidad anterior.

8. En efecto, en la STC 001-1999-AI/TC (FJ 4.1.) se señaló:

“[s]iendo el FONAVI un tributo destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino, además, debió establecer que el fondo del referido tributo, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, y no disponer en el inciso 6.2) del artículo 6° de la Ley N.º 26969, que, al concluir el proceso de liquidación del FONAVI, el Ministerio de Economía y Finanzas asuma la totalidad de activos y pasivos resultantes de dicha liquidación. La única posibilidad que tiene la disposición 6.2, antes señalada, para ser constitucional, sería que, al compensarse los activos existentes con los pasivos del FONAVI, estos últimos resulten siendo mayores, o que ambos se encuentren equiparados sin que exista un saldo negativo o positivo. De lo contrario, el Estado, al apropiarse del saldo positivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, ya no tendría la obligación de darle a ese saldo el destino predeterminado, fijado en las normas legales, convirtiéndose en confiscatoria tal acción, puesto que se desconocería la consecuencia jurídica en virtud de la cual el Estado consideró válida su actividad recaudadora tomando una parte de las riquezas de los particulares; en otras palabras, se desconocería la finalidad a la que estaba designada la recaudación del FONAVI”(subrayado agregado).

9. En ese sentido y considerando lo decidido en jurisprudencia anterior de este Tribunal, la solicitud de devolución de los aportes al FONAVI, debido a su carácter tributario, no puede ser objeto de referéndum, puesto que, como ya se señaló, el artículo 32° de la Constitución ha excluido a las normas de naturaleza tributaria de la posibilidad de ser sometidas a referéndum. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no advertirse una vulneración del derecho a participar, en forma individual o colectiva en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; derecho que está reconocido en el artículo 2° inciso 17 de la Constitución del Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre la pretensión de los demandantes y el deber del Estado

10. Los suscritos, no obstante considerar que se debe desestimar la demanda por las razones ya expuestas, consideramos necesario realizar la siguiente precisión: el hecho de que, en el presente caso y a nuestro parecer, no se aprecie la afectación de los derechos fundamentales invocados por el demandante, no implica necesariamente que se desconozca las legítimas expectativas de las personas a las cuales representa el demandante y que aportaron durante varios años al FONAVI. Debe quedar claro que, sólo por la naturaleza de la petición, ésta no puede ser materia de referéndum. Por tanto, como es evidente, el Estado no puede omitir su deber fundamental de promover el bienestar general de las personas con criterios de justicia tal como dispone el artículo 44° de la Constitución.
11. Ahora bien, en un ordenamiento jurídico que se asienta sobre la base de la democracia como principio que informa la actividad del Estado pero también de los particulares, las controversias jurídicas deben ser resueltas a través de las vías jurídicas pertinentes. En el caso concreto, el referéndum ciertamente no es el mecanismo previsto por la Constitución para tal fin. De ahí que ni los demandantes pueden pretender viabilizar sus legítimas expectativas por cualquier medio –más aún si la propia Constitución prohíbe el sometimiento de materias tributarias a referéndum–, ni el Estado puede hacer caso omiso o ignorar la situación social que motiva la presente demanda, por lo que este último está obligado a realizar todos aquellos actos que correspondan a fin de no vulnerar los derechos fundamentales del demandante y de las personas a las cuales representa.

II. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos anteriormente expuestos la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

SS.

**LANDA ARROYO
MESÍA RAMÍREZ****Lo que certifico:****Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra**
SECRETARIO RELATOR ()

EXP. 1078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSE MIGUEL ANGEL CORTEZ VIGO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 26 de octubre de 2006 el recurrente –promotor solicitante de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del “Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”- interpone demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N° 1215-2006-JNE, de fecha 07 de julio de 2006 y 1278-2006-JNE, de fecha 20 de julio de 2006. También solicita se disponga la convocatoria a referéndum.
 2. El Noveno Juzgado Civil de Chiclayo declaró improcedente, in limine, la demanda considerando que no se ha acreditado la condición de fonavista o miembro de la asociación aludida por lo que es manifiesta falta de legitimidad e interés para accionar del demandante. La Sala Especializada en Derecho Constitucional del Poder Judicial de Chiclayo confirma la apelada considerando que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares.
 3. El proyecto que viene a mi Despacho en el punto 1 – Cuestiones de procedencia de la demanda de amparo- señala que “... En ese marco de análisis, este Colegiado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiterada jurisprudencia respecto a la procedencia de las demandas interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) si y sólo si estos actos vulneran los derechos fundamentales de la persona. Así, ha enfatizado que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide –en lo que a la materia constitucional respecta- se encuentra este Colegiado. Desde luego, el JNE no se halla al margen de este imperativo constitucional.
- En este sentido, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la STC 2366-2003-AA/TC:

(...) aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo

mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución

- De tal manera, el Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo. Esto en el sentido de que no existen ámbitos exentos de vinculación con la Constitución.(...)"

Con lo considerado precedentemente debo decir que no concuerdo con la ponencia en cuanto se manifiesta que todas las resoluciones emitidas por el JNE son revisables y sometidas a una evaluación de validez por ir en contra de mi voto singular en el caso Castillo Chirinos STC N° 2730-2006-AA/TC en el que me decidí por la improcedencia de demandas contra resoluciones jurisdiccionales emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en temática de su exclusividad: *"(...)Es menester precisar que el tema que nos convoca trata de una decisión del Jurado Nacional de Elecciones de carácter jurisdiccional y no administrativo, para lo que la Constitución Política del Estado –Art. 142° y 181°- y la Ley N.º 28642 le han reconocido competencia exclusiva y excluyente convirtiendo a este organismo constitucional autónomo en tribunal jurisdiccional especializado para la solución de los conflictos suscitados en concernencia a la temática electoral de su incumbencia.(...)"*

Respecto a ello debo aclarar que el Jurado Nacional de Elecciones es un organismo autónomo e independiente que tiene como objetivo garantizar el respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales contribuyendo así a la consolidación del sistema democrático. Dentro de dicho objetivo, ciertamente al JNE le corresponde por mandato legal funciones varias, siendo una de ellas, acaso la principal, la jurisdiccional en materia electoral, para la que se sirve del denominado proceso electoral. Siendo varias pues las funciones del JNE considero que sólo cuando realiza la función jurisdiccional, es decir, cuando emite resoluciones de carácter jurisdiccional, son irrevisables sus fallos ya que su competencia en dicho ámbito es exclusiva y excluyente. No sucede lo mismo cuando realiza funciones de carácter administrativo, es decir cuando actúa como **Administrador Electoral**, ya que dichas resoluciones están referidas a las actividades y procedimientos necesarios para lograr que el cumplimiento de las normas electorales se lleven a cabo eficazmente, lo que quiere decir que se trata de cuestiones de gestión y procedimientos de rutina en los que sí es posible verificar si las resoluciones dictadas respetan el debido proceso administrativo.

4. En el presente caso el recurrente solicita en su demanda la nulidad de las resoluciones por las que el Jurado Nacional de Elecciones ha declarado improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum, considerando que con dichas resoluciones de carácter administrativo se le

están vulneran sus derechos al debido proceso, a la tutela procesal efectiva y a la participación individual o colectiva en la vida política del país. Las instancias precedentes han rechazado liminarmente dicha demanda por considerar que su contenido constituye materia no justiciable, la de primera instancia por falta de legitimidad para obrar activa y de la segunda instancia por constituir las decisiones del JNE temática no recurrible a tenor de lo que estatuye la Constitución Política del Estado en su artículo 181°. El recurrente en su recurso (extraordinario) de agravio constitucional cuestiona el referido auto de rechazo in limine de su demanda para lo que se expresa “que contra las resoluciones del JNE que violan derechos fundamentales proceden las demandas de amparo”, lo que significa que estamos frente a un auto que sin abrir proceso califica la demanda de improcedente. Consecuentemente corresponde a este Tribunal absolver el grado confirmando o revocando el auto cuestionado en este caso sin proceso y sin la participación –obviamente- del demandado.

5. En mi citado voto hice distingo en relación a las funciones diferenciadas del JNE manifestando que cuando éste realiza meramente administrativa sí le corresponde al Tribunal Constitucional analizar sus resoluciones administrativas y verificar si con ellas se vulnera derechos constitucionales. Se observa aquí que las resoluciones que declaran improcedente la solicitud de convocatoria a referéndum se basa en el oficio remitido por la Presidencia del Consejo de Ministros al Jurado Nacional de Elecciones, definiendo el aporte al FONAVI como tributo, sin más argumento que ese. Por tanto no se puede considerar como una resolución debidamente motivada en sede administrativa la que provoca la demanda constitucional, ya que carece de razonamiento lógico-jurídico por no presentar una argumentación con base suficiente que sustente la conclusión a la que llega dicho organismo estatal. Con respecto a la vulneración del debido proceso, específicamente la motivación de las resoluciones este Colegiado ha expresado en la STC N° 0294-2005-AA/TC que “(...)Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, el Tribunal Constitucional enfatizó que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es, por sí sola, contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.(...)”, por lo que en el presente caso la falta de argumentación suficiente para justificar el pronunciamiento del demandado es lo que constituye, conforme se ha expresado en reiterada jurisprudencia, la vulneración del derecho al debido proceso administrativo.

En consecuencia, mi voto es porque se **REVOQUE** el auto cuestionado de rechazo liminar y se ordene al juez de la primera instancia admitir a trámite la demanda.

SR
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (1)



515

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1078-2007-PA/TC
LIMA
JOSE MIGUEL ANGEL CORTEZ VIGO

**FUNDAMENTOS DE VOTO DEL
MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN**

Si bien comparto el sentido del fallo de la resolución que declara improcedente el pedido de nulidad de la sentencia de autos, su fecha 3 de septiembre de 2007, presentado por César Roger Dávila Luján Ripoll; considero que, los fundamentos que mis honorables colegas han consignado, deben ampliarse en lo siguiente:

1. Aun cuando como lo establece el primer párrafo del artículo 121º del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), “contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”; incluso, aún entendiendo la solicitud como una de aclaración de la sentencia de autos, esta resulta extemporánea, pues se ha presentado vencido el plazo de dos días a que hace referencia la norma *sub exámine*. Sin menoscabo de ello, considero menester efectuar algunas precisiones sobre el contenido de la petición de nulidad presentada. El recurrente sustenta la supuesta nulidad, en que se ha infringido el principio de inmediación, que está en estrecha relación con el derecho de defensa y que “implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquel con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso”.
2. Al respecto, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que en caso de vacío o defecto del Código Procesal Constitucional serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida; siendo en este caso el indicado para ello el Código Procesal Civil; empero ello ocurre *stricto sensu* cuando, a tenor del artículo 139.8º de la Constitución, se advierten lagunas del derecho, extremo que no se manifiesta en el presente caso, dado que no existe ninguna antinomia expresada en un vacío que debe ser cubierto, bien sea *prima facie* por la integración jurídica o por la aplicación supletoria de los principios generales del derecho procesal
3. Se argumenta, asimismo, que, dada la relación “inescindible” entre el contacto del juez con las partes y las pruebas y la justicia de la sentencia que se dicte, es imprescindible una cercana e inmediata visión de las circunstancias de hecho que



516

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

motivan la decisión, pues en caso contrario se alejaría la factibilidad teórica de una decisión ajustada a derecho.

4. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto del derecho a ser oído, dada su envergadura como derecho fundamental que asume en tanto conforma parte del derecho de defensa. Su identificación como tal se deriva de una interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, prescrita en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Son pertinentes, a ese respecto, el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que reconoce el derecho de defensa, y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza que:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

5. Así, mediante el derecho a ser oído por un juez o tribunal se garantiza que cada una de las partes que participan en un proceso judicial puedan ofrecer, de manera efectiva, sus razones de hecho y de derecho que consideren necesarias para que el juez o tribunal resuelva el caso o la controversia en la que se encuentran participando. Se encuentra comprendido dentro de su contenido constitucionalmente protegido el contradictorio argumentativo, el cual exige que éste se lleve a cabo sin que alguna de las partes, por acción u omisión del juez o tribunal, pueda encontrarse en una evidente situación de desventaja respecto de la otra.
6. La titularidad del derecho a ser oído corresponde a todas las partes que participan incluso en el seno de un proceso constitucional, de modo que no sólo todos los jueces y tribunales tienen la obligación de no afectarlo, sino de procurar por todos los medios que su ejercicio sea efectivo.
7. Sin embargo, su ámbito protegido no sólo comporta deberes de abstención o de acción destinados a no afectar la posición *ius* fundamental de las partes en el proceso. También comporta, desde una perspectiva institucional, que los poderes públicos, y entre ellos el propio Tribunal Constitucional, establezcan un sistema organizativo y procedimental adecuados para que el principio de inmediación, que subyace detrás del derecho de defensa, pueda quedar efectivamente garantizado.
8. No es otra la exigencia que impone el Código Procesal Constitucional sobre los jueces constitucionales cuando, al establecer cuáles son los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales, ha establecido que uno de ellos es el principio de inmediación. Pero se trata de una exigencia cuyo respeto tiene necesariamente que efectuarse en el contexto de las propias y particulares exigencias que caracterizan a los procesos constitucionales. Con ello se quiere significar que la amplitud e intensidad del contenido protegido por el derecho a ser oído no puede ser el mismo en un proceso penal, en un proceso civil o en un proceso constitucional, por poner algunos ejemplos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9. La calidad de los derechos comprometidos, la finalidad de los procesos, la peculiaridad del contradictorio en uno y otro proceso, la obtención de cierto nivel de certeza en el juez para estar en aptitud de poder resolver eficazmente la controversia, entre otros elementos, son factores que se deberá tener en cuenta para modular sus alcances y exigencias en cada uno de ellos.
10. Fundándose precisamente en la finalidad de los procesos regulados en el artículo 200° de la Constitución, y en la competencia asignada en la Carta Magna al Tribunal Constitucional en el artículo 202 y por el artículo 2 de su Ley Orgánica (Ley 28301), es que el Colegiado anterior, previó en el artículo 11 de su Reglamento Normativo la posibilidad excepcional de que un magistrado que no ha participado en la vista de la causa pueda hacer uso de las grabaciones con el propósito de no dilatar innecesariamente su resolución, atendiendo al principio de celeridad. En este sentido, la regulación optimiza el logro de los fines de los procesos de la libertad, pues se sustenta en un fin constitucionalmente legítimo (prontitud de la administración de la justicia constitucional), y porque, en la aplicación de la disposición aludida, las partes no han quedado postradas en estado de indefensión ni se ha producido una situación de desventaja del recurrente respecto de la otra parte, al haberse permitido a este último el uso de la palabra; por lo demás, si bien la norma reglamentaria aludida se refiere a la resolución de las causas vistas por las Salas de este Colegiado ello no implica que esta misma regla sea interpretada y usada *secundum legem*; esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca, de modo que la actuación del Tribunal Constitucional, al considerar el avocamiento del Magistrado electo y en ejercicio Beaumont Callirgos, completa lo dispuesto en el artículo 5 *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la misma línea expuesta en su reglamento.
11. Respecto al cuestionamiento referido a la modificación del precedente sin contarse con los cinco votos necesarios, el Tribunal Constitucional en su STC N° 0024-2003-AI/TC establece un distingo entre “jurisprudencia constitucional” y “precedente constitucional vinculante”. Así, atendiendo a que “la noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la suprallegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”, considero, *prima facie*, que el precedente constitucional vinculante, que es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga, viene dada como tal por la *ratio decidendi*, es decir, por la razón de la decisión, que es lo que se considera vinculante; por consiguiente, no habiéndose emitido un precedente vinculante en un proceso de la libertad emitido por el Tribunal Constitucional que hubiese girado en torno a los derechos alegados como vulnerados en la presente causa y formulados a partir del *petitum*, o a los hechos con razonable conexión y a la *causa petendi*, estimo que no se ha infringido regla alguna que motive la nulidad planteada.



518

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. Expreso estos fundamentos centrándome en la pretensión de nulidad, de modo que no supone ninguna apreciación en torno a la materia de fondo de la controversia que ha merecido la sentencia del Tribunal, por ser la razón de nuestro avocamiento.

Sr..

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR ()



2007 519

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 1078-2007-PA/TC
LAMBAYEQUE
JOSE MIGUEL ANGEL CORTEZ
VIGO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los fundamentos siguientes:

1. Con fecha 11 de octubre de 2007 el Procurador Público a cargo de los asuntos Judiciales del Jurado Nacional de Elecciones solicita la Nulidad de la Sentencia de fecha 03 de setiembre de 2007 emitida por este Colegiado en mayoría.

A) Antecedentes

2. Con fecha 26 de octubre de 2006 el recurrente actuando como promotor, representante y solicitante de la Convocatoria a Referéndum Nacional para consultar la aprobación de la iniciativa Legislativa Ciudadana "Proyecto de Ley de la Devolución de Dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron a él", interpone demanda de amparo solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones expedidas por el JNE y se disponga la Convocatoria a referéndum, considerando que se le está vulnerando sus derechos constitucionales a la Participación Ciudadana, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.
3. En primera instancia la demanda se declaró improcedente liminarmente considerando que el promotor demandante no acredita legitimidad procesal activa dado que no adjunta documento idóneo que demuestre la condición de representante de los fonavistas o de la Asociación que los reúne.

Esta resolución que rechaza liminarmente la demanda es notificada al demandante con fecha 07 de noviembre, siendo apelada con fecha 10 de noviembre de 2006, por lo que concedida la impugnación se eleva al superior jerárquico, es decir la Sala Civil competente.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque (competente) confirmó la recurrida con consideraciones propias que dicen que el dinero entregado al fonavi constituye un tributo y que, por tanto, tal pretensión no puede someterse a referéndum por existir prohibición expresa en la vigente Constitución Política del Perú.



520

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. Es menester mencionar que de autos se aprecia que cuando la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque dispuso notificar al Jurado Electoral Especial con la resolución en referencia la cédula correspondiente no llegó a entregarse, existiendo una nota en la que se señala que la persona que atendió al notificador manifestó que en ese domicilio no funcionaba el Jurado Electoral Especial por lo que se negó a recepcionar dicho instrumento.
5. Con fecha 12 de febrero de 2007 el demandante cuestionó la resolución que confirmó la recurrida, a través del recurso de agravio constitucional, que al ser concedido se elevó el expediente de su propósito al Tribunal Constitucional. Tampoco aparece en autos la constancia de la notificación al Jurado Nacional de Elecciones de la resolución que concede el recurso de agravio constitucional.
6. Significa entonces que el ingresar a este Tribunal el expedientillo remitido no existía proceso desde que las impugnaciones formuladas por el demandante estaban vinculadas al rechazo liminar, lo que obviamente permite afirmar también en razón de la ausencia de notificación al JNE, que el actor no podía abrigar mas expectativa con sus impugnaciones que la revocatoria del auto de rechazo liminar por el Tribunal Constitucional el que así ordenaría al juez admitir a trámite la demanda y abrir el proceso. A partir de dicha posibilidad podría señalarse entonces recién al demandado. En conclusión este Tribunal ha tenido que intervenir en este caso sin existir proceso y sin que se hubiera establecido la sindicación de un demandado perfectamente identificado para ser validamente emplazado.
7. Esto se evidencia en el recurso de agravio constitucional en el que manifiesta el demandante en el primer fundamento que “El juzgador de primera instancia no se ha pronunciado sobre el fondo sino por la forma.”, agregando en su fundamento segundo que el Colegiado Superior ha incurrido en un error al pronunciarse por el fondo y no por la forma para declarar la improcedencia de su demanda. Aquí advertimos un vicio procesal originario que entraña indefinición puesto que con tales limitaciones el recurrente no podía sino abrigar la revocatoria a que hacemos mención.

Sin embargo el Tribunal Constitucional, en evidente desborde de entusiasmo acelerador negativo por inopinado, hace un análisis del fondo de la pretensión declarando fundada la demanda de amparo, y con ello, la nulidad de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones que negaron la pretendida revocatoria a referéndum. Es decir, elevado lo actuado por cuestionamiento de un auto de rechazo de la demanda ab-initio, en razones de improcedencia, el Tribunal Constitucional expidió sentencia que declara fundada



521

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

una demanda que no había logrado abrir un proceso ni pudo distinguir validamente a un emplazado (demandado), al que sin defensa alguna le impone la obligación señalada de la sentencia de marras. Se trata evidentemente de un segundo vicio insalvable porque el Jurado Nacional de Elecciones fue vencido sin haber sido emplazado validamente en sometimiento a un proceso regular. En otras palabras el perdedor no pudo ejercitar el derecho constitucional a la defensa. Con lo sucedido quiere decir que se afectó directamente al Jurado Nacional de Elecciones con una sentencia que desdibuja el debido proceso constitucionalmente protegido.

8. El tercer vicio invalidante que encontramos es que inadvertidamente este Tribunal desconoce el auto objeto de la alzada e ingresa a un pronunciamiento de fondo que tal vez el propio actor no esperaba, pero que, en todo caso, resultaba imperativo explicar las razones para dicho proceder que no encuentro una sola línea en este sentido. Esta nueva omisión o acaso desborde niega también la imposición constitucional de motivación de todo auto y de toda sentencia, fundamentación, en este caso, indispensable para hacer conocer a los interesados el razonamiento lógico jurídico de dicha desigual determinación. Se trata en consecuencia de un tercer vicio de una cadena invalidante.
9. En síntesis, traído a la sede constitucional el expedientillo de la materia por cuestionamiento del actor al rechazo liminar de las instancias precedentes, evidentemente no existía proceso, no podía verse el fondo de la pretensión tampoco se conocía el parecer del pretense demandado correspondiéndole entonces a este Colegiado sólo confirmar el auto recurrido o, de lo contrario, declarar fundado el recurso de agravio constitucional y ordenar con la fundamentación pertinente admitir a trámite la demanda. Sin embargo el Tribunal procedió de motu propio a la decisión de fondo no verificándose en la referida sentencia ninguna explicación sobre tal pronunciamiento en estas condiciones, es decir una decisión terminal sobre el fondo de la controversia sin saber cuál es la posición del demandado.
10. Me correspondió conformar el pleno del Tribunal al momento de la vista de la causa, oportunidad en la que exprese, creo yo con la claridad suficiente, esta posición, teniendo que redactar un voto singular ante posiciones contrarias, voto que se agregó, como corresponde, a la decisión mayoritaria que hoy es materia de cuestionamiento a través de la nulidad.



522

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

B) Pedido de Nulidad que se formula ante el Tribunal Constitucional

11. Vista la causa el día 22 de junio de 2007 con el Pleno conformado por sus siete miembros de número, los Magistrados Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini y Juan Bardelli Lartirigoyen tuvieron la decisión inopinada de ingresar al fondo declarando fundada la demanda, los Magistrados Cesar Landa Arroyo y Mesía Ramírez evacuaron un voto contrario en el sentido de declarar infundada la demanda y el sexto Magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli sostuvo un voto singular por la revocatoria de la resolución venida en grado, quedando la decisión, acaso determinante del Magistrado Víctor García Toma quien luego cesó en el cargo, dando pase a la elección por el Congreso Nacional del Magistrado Ricardo Beaumont Callirgos, quien juró ante el Presidente del Tribunal Constitucional el día 10 de julio de 2007.

Resulta que el ex Magistrado Víctor García Toma, reemplazado ya por el nuevo Magistrado se abstuvo de intervenir en la votación no obstante haber intervenido en la vista de la causa, sin que se me alcanzara información al respecto seguramente en razón del sentido de mi voto singular. Empero, cualquiera que fuere la razón de tal excusa no formalizada pero si ejecutada, compruebo que hoy, 18 de octubre del 2007, el referido ex magistrado de este Tribunal continua cumpliendo con el deber de votar en las causas en las que ha participado.

12. Ante la determinación del Dr. Víctor García Toma se llamó -seguramente por el Presidente- al nuevo Magistrado que, como queda dicho, procedió a evacuar su voto en esta causa en la que no había intervenido en la oportunidad de la vista porque a ese momento no era todavía Magistrado del Tribunal Constitucional; su intervención fue determinante pues hizo mayoría necesaria para que la votación sumara 4 votos por fundada la demanda, 2 votos por infundada la demanda y 1 voto (el mío) por la revocatoria del auto de rechazo liminar que declaró la improcedencia, ab-initio, de la demanda.

13. El Jurado Nacional de Elecciones apoya su formulación de nulidad en base a la siguiente argumentación:

Primero: Cuestiona la participación del Magistrado Ricardo Beaumont Callirgos puesto que no participó en la vista de la causa lo cual afirma vulnera los principios de inmediación y del derecho defensa.

Segundo: Cuestiona que los magistrados se han apartado de un precedente vinculante, 001 – 1999 – AI/TC, sin haber tenido el numero de votos requeridos, puesto que para apartarse de un precedente vinculante se necesitan 5 votos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

conformes, lo que no sucede en el presente caso ya que solo han firmado la sentencia en mayoría cuatro magistrados.

C) Análisis del Pedido de Nulidad

14. Expresó alguna vez Velez Sarfield que “anular es obrar sobre lo que ha sido hecho en contra de las formas prescriptas”. Traída esta expresión del ilustre civilista argentino a sede procesal, tengo que convenir que el instituto en referencia queda limitado a aspectos de forma en cuanto al proceder en el proceso por los denominados sujetos procesales, es decir juez y partes, a veces auxiliares, caso específico de actos de comunicación, llámese notificación. Estas afirmaciones niegan por cierto todo cuestionamiento de los actos procesales del juez (resoluciones) puesto que hacerlo, por quien corresponde y en la oportunidad establecida por la ley, entraña la revisión jerárquica del razonamiento del a-quo que, de ser distinta a la que impone el a-quem, ha de ser revocada. La nulidad entonces se constriñe al vicio engendrado o producido que agravia a las partes o a una de ellas, y no al fondo de lo decidido aunque esta decisión haya estado preñada de error en el razonamiento lógico-jurídico del juez inferior, porque no tratándose de decisión o decisiones viciadas, el error del juez a-quo debe ser revocado por determinación del superior en grado.

15. Expresa Luis A. Rodríguez, profesor universitario y juez de Morón, Argentina, con su obra “Nulidades Procesales” Editora Universidad, 1987, pag. 86, que “El acto viciado lleva en sí mismo el germen de la destrucción, el juez comprueba la existencia del vicio y declara lo que ya era írrito. Es que en realidad la nulidad no extingue el acto, sino que debe considerarse como si nunca hubiera existido”. A fojas 87 este mismo autor agrega: “Las formas han sido creadas para beneficio de los justiciables, ellas son una garantía para ellos y deben ser respetadas. Los actos deben ser realizados en el tiempo y lugar oportunos, los actos del proceso deben estar vinculados. Todo ello no es una creación arbitraria del legislador, sino que garantiza el juicio”.

De estas apreciaciones podemos distinguir el vicio que invalida el acto ya realizado del acto no realizado y que por tanto adquiere la denominación de acto inexistente, que obviamente merece distinto tratamiento, ajeno al análisis que el caso convoca. También es menester rescatar el sentido al que las formas procesales apuntan, pues no se trata del imperio de la forma por la forma misma (formalismo estéril) sino de la formalidad del proceso como cauce instrumental que garantiza la eficacia del derecho material, denominado en muchas veces derecho sustantivo.



000 524

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En este punto tenemos que convenir en la proscripción de la nulidad absoluta Civil regida por consideraciones que los civilistas esgrimen y sostienen, que la nulidad procesal civil se rige por principios y normas propias que podemos ubicar también dentro de nuestra Constitución Política, que señalan que en materia de proceso moderno toda nulidad puede ser considerada relativa desde que el vicio invalidante por si solo no realiza la sanción (nulidad virtual, nulidad evidente) sino que ésta se formaliza a través de una decisión expuesta por el juez de la causa, dentro del proceso en el que ha actuado como director, a pedido del afectado, que es la regla general, o excepcionalmente de oficio. De no ser sancionada la invalidación oportunamente, ésta se convalida, y, acaso, da lugar a demanda y proceso nuevo con la finalidad de obtener el referido resultado, casos de Uruguay, Alemania e Italia y también del Perú en el tema de la denominada “Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta” precisada y limitada en el numeral 178° del Código Procesal Civil.

Finalmente, en este rubro tenemos que recordar que para poder promover la nulidad en el proceso civil, la doctrina francesa ha impuesto el principio, hoy aceptado de “pas de nullité sans grief”, que equivale a afirmar que no hay nulidad sin perjuicio. Sintetizando podríamos fijar aquí cuándo, cómo y por quien puede ser formulada la nulidad del acto procesal civil para que la sanción sea viable a la determinación del juez. Por ello el maestro uruguayo Enrique Vécovi en su obra “Teoría General del Proceso”, Temis, Bogota, 1984, pag. 300, señala que “la nulidad relativa es la que se deriva de un vicio por apartamiento de las formas, que no es grave sino leve. El consentimiento purifica el error; solamente la parte perjudicada podría pedir su invalidación. En consecuencia: la nulidad relativa admite ser invalidada, puede ser convalidada”.

No es el caso, repito, de poder traer al proceso la temática civil de nulidades absolutas y nulidades relativas que tienen tratamientos diferentes y que, en todo caso, no sirve para la nulidad que en este caso plantea el JNE.

D) Análisis del artículo 121° del Código Procesal Constitucional

El artículo en referencia textualmente dice lo siguiente: “Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.



525

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición.

Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

Es evidente que la expresión “no cabe impugnación alguna” está referida a cuestionamientos de fondo asumiéndose que quien quisiera impugnar la sentencia del Tribunal no tendría posibilidad ni siquiera de proponer el cuestionamiento desde que tratándose de una versión fondal implicaría recurrir en revisión ante un órgano superior en grado, que como bien sabemos no existe por constituir el Tribunal Constitucional la máxima instancia o grado en la materia que le concierne.

Sin embargo podríamos advertir que por razones seguramente de necesidad se ha venido expresando que este dispositivo admite pedidos de aclaración cuando también ésta está prohibida por la disposición legal que analizamos, ya que la aclaración está diseñada para los casos de sentencias evacuadas exclusivamente en los procesos de inconstitucionalidad, significa entonces que en atención a que, ante la misma razón, el mismo derecho, igualmente un pedido de nulidad obliga a su determinación.

Empero considero que no es este el razonamiento para entrar a la posibilidad de atender el pedido que ha formulado el Jurado Nacional de Elecciones puesto que no impugna propiamente la sentencia dictada en cuanto a sus alcances en lo decidido sobre el fondo, sino a la invalidación de actos írritos que constituyen al interior del Tribunal vicios insalvables atentatorios del debido proceso constitucionalmente garantizado por el inciso 3) del artículo 139° de nuestra Carta Magna que señala la necesidad de la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, en este caso tutela constitucional. Creo yo que escudarse en el frío texto de este dispositivo de nuestra Constitución podría entrañar una posición recusable hacia el exterior, propia de una soberbia irreflexiva con la que estaríamos diciendo que el Tribunal Constitucional conformado por siete seres humanos que como tales son limitados y finitos, jamás pueden fallar, negando con esto lo que resultaría grave pedantería para cubrir realidades ostensibles.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En los fundamentos 3 y siguientes he señalado una sucesión de vicios procesales graves que incluso de oficio podrían haber llevado al Tribunal a la sanción de nulidad propuesta hoy por el Jurado Nacional de Elecciones en atención a los otros vicios que es factible agregar. Se trata en consecuencia de una incidencia que no puede caer dentro de la limitación prevista en la norma legal que comentamos porque, como queda dicho, el JNE no recurre a un estamento superior que no existe para someter a revisión las bondades de la decisión en la sentencia de marras, sino que alega vicios invalidantes atribuibles a la conducta procesal de este colegiado. Por ello mi posición singular apunta hacia la decisión respecto de este pedido formulado de manera incidental, como lo admite la doctrina general del proceso y se puede inferir de determinaciones que este propio Tribunal ha venido evacuando. Insisto por ello en la necesidad de un pronunciamiento en la temática traída a esta nueva decisión por persona que se considera perjudicada cuya posición responde al principio del proceso francés que también ha sido recogido por el vigente Código Procesal Civil en el artículo 174°.

E) Intervenciones del Tribunal Constitucional precedentes al presente caso.

16. El Tribunal Constitucional ha expresado en STC N° 2508-2004-AA/TC “que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.° de la Constitución no sólo tiene una dimensión "judicial". En ese sentido, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Uno de los atributos del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que tiene como presupuesto, para su ejercicio, la debida notificación de las decisiones que pudieran afectar una situación jurídica”

17. También ha establecido en la STC N° 2659-2003-AA/TC respecto al derecho de defensa que “...entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal, destaca el derecho de defensa, el mismo que se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Al respecto, este Colegiado ha sostenido que “(...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con



527

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra [Exp. N° 0649-2002-AA/TC FJ 4”

18. Asimismo ha expresado en STC N° 2456-2004-AA/TC que “el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural –jurisdiccional predeterminado por la ley–, el derecho de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones.

F) Apostillas Doctrinarias de reforzamiento

19. En este sentido Oreste De Souza Laspro, expresa en la revista Dos Tribunais, 1995, pag. 19 que “Por destinarse el debido proceso legal a la tutela del ejercicio de derechos fundamentales del hombre emerge su evidente naturaleza instrumental dentro de un sistema democrático-literar. Tanto es así que el debido proceso legal es el instrumento asegurador del goce de los derechos, en la medida en que, si estuviesen impedidos en la practica, permite el derecho de acción ante juez competente para hacerlos efectivos. Es decir, es el derecho al servicio del derecho.”
20. También expresa Arturo Hoyos “El debido proceso”. Bogota: Editorial Temis S.A. 1996, Pag. 62, respecto al derecho de las personas de ser oídas que “Integra esta garantía Constitucional un derecho elemental de las personas de ser oídas por el Tribunal que conoce del caso antes de que este sea decidido mediante sentencia.”
21. Respecto al derecho de ser oído el doctor Monroy Gálvez manifiesta que “que es un componente esencial de un instituto que se destaca mas por ser continente que por contenido, el debido proceso. En todo caso, el derecho a ser oído consiste en la atribución de todo justiciable de presentar sus argumentos fácticos y jurídicos ante el **Juez Natural** que va a emitir sentencia, para que sean oídos y apreciados por éste. Se entiende por **Juez Natural** a aquel órgano jurisdiccional (unipersonal o colegiado) que, en virtud del ordenamiento vigente y preexistente al momento de inicio del proceso tiene la función exclusiva y excluyente de dirigir el proceso desde su inicio hasta su conclusión.”

G) Análisis de los fundamentos de la nulidad propuesta

22. Producida la vista de la causa y habiendo decidido el Magistrado García Toma no votar en esta causa se dispuso, como decimos, que su reemplazante el nuevo miembro del Tribunal Dr. Ricardo Beaumont Callirgos emitiera voto en esta causa, voto que constituyó precisamente expresión determinante puesto que con él se obtuvo la mayoría de cuatro que al final constituye la sentencia evacuada, frente a

dos votos en sentido opuesto declarando infundada y un voto por la revocatoria del auto traído a la revisión por esta sede constitucional,

No me corresponde discutir si en este caso es de apreciarse la calificación de juez natural que le corresponde al Magistrado que no era tal al momento de la vista de la causa; pero sí, de considerarse lo contrario para ser o constituir intervención válida, tenía que haberse procedido con el previo avocamiento y notificación de las personas interesadas para que éstas, si fuera el caso, hubieran tenido en el ejercicio de su derecho a la defensa la oportunidad de informar oralmente ante el nuevo magistrado. No hay resolución de avocamiento ni tampoco constancia de notificaciones por lo que mal podía aceptarse una intervención de persona que recién incorporada como magistrado podría incluso ser persona desconocida para las partes quienes ignorarían eventuales causales de abstención. No se hizo así y sin embargo se expresa que el nuevo magistrado se limitó a oír la grabación de la vista pública, cuyos debates entre los abogados informantes fueron ante otros magistrados. Lo grave aquí está en que la cita del artículo 11° del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional contiene expresiones encontradas, disímiles e incoherentes que no tienen aplicación alguna en el caso materia de este análisis. Pero el reconocimiento al derecho de interesados al debido proceso legal no puede permitir un trámite de esta naturaleza que haga propicia la oportunidad para que un magistrado que no estuvo conformando el Tribunal de vista pueda en soledad limitarse a escuchar versiones en las que él tampoco tuvo intervención alguna. Las garantías del proceso moderno exige audiencia en acto público entre juez o jueces llamados a decidir con los abogados encargados de la defensa. No puede por tanto admitirse validez alguna a actos de reserva o privacidad como el que supone el mal redactado artículo 11° del Reglamento ya referido, que al final no sólo no dice nada sino que tiende a entorpecerlo todo. En todo caso por razones de jerarquía normativa el referido reglamento no puede desbordar las precisiones que la Constitución y la Ley tienen establecidas para garantizar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso legal. La expresada falta de avocamiento y de notificación constituyen vicios ciertamente invalidantes que no propician la aplicación del principio de convalidación, no admitiéndose que la decantada autonomía procesal de este Tribunal pueda establecer restricciones a los derechos invocados por cuanto el Tribunal Constitucional tiene que erigirse como defensor máximo de dichas garantías.

23. De no haberse producido el avocamiento y la notificación como queda señalado, debió en cambio el Tribunal anular la vista de la causa y señalar nueva fecha para la intervención del pleno con su nueva conformación. No lo hizo y en consecuencia la sentencia se ha producido luego de una sucesión de vicios insubsanables que dejo señalados en el presente voto.

24. En cambio no considero procedente ingresar al fondo del asunto cuando la nulidad propuesta se apoya en calificaciones de fondo para las que si no hay impugnación alguna, como lo dice el citado artículo 121° del Código Procesal Constitucional puesto que la revisión de las bondades de la sentencia, dictadas sin proceso y sin demandado en relación a un auto de rechazo liminar de la demanda por improcedente tendrían que ser revisadas por un tribunal de grado superior que no existe porque ya se ha manifestado, el Tribunal Constitucional constituye el máximo grado en esta sede, no constituyendo la propuesta en este punto una temática que apunte a vicios en el procedimiento, vale decir, imperfecciones de forma y no cuestionamientos de fondo.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **FUNDADO** el pedido de nulidad respecto a los vicios formales que acusa e improcedente en cuanto con la misma etiqueta pretende un cuestionamiento sobre el fondo que correspondería a un estamento de grado superior, que no existe.

SR
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)