



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA VIGA EN EL OJO DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SOLO APRECIA LA PAJA DEL OJO AJENO

Luis Castillo-Córdova

Perú, mayo de 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LA VIGA EN EL OJO DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SOLO APRECIA LA PAJA DEL OJO AJENO

Luis Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

Normalmente tomo conocimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) porque colegas amigos tienen la gentileza de compartir la aparición de una determinada sentencia o porque se me solicita un comentario jurisprudencial. Así es como he tomado conocimiento de dos de ellas. Una es la sentencia al EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, de la que me he ocupado en otro lado¹, y la segunda es la sentencia al EXP. N.º 01495-2012-PA/TC. Ambas las leí la misma tarde, y recuerdo muy clara la sensación provocada: el TC solo mira la paja del ojo ajeno para ignorar la viga que lleva en el suyo propio. La situación no pudo haber sido más ilustrativa: en la primera de las mencionadas sentencias, el TC invalida una decisión judicial porque entiende que la Sala Superior penal no justificó no ya la interpretación de una norma, sino su aplicación, cuando las razones de tal aplicación aunque no hubiesen sido dichas expresamente por la Sala referida, se concluían necesariamente de otras razones sí dichas expresamente, y de concluían de la interpretación normativa declarada correcta por el TC²; mientras que en la segunda sentencia se da cuenta de la anulación de una decisión ejecutiva de reducción arancelaria y de la inexistencia de acto lesivo homogéneo sin dar, como se explicará más adelante, ninguna razón atendible.

II. CUESTIONES PREVIAS: TC, INTERPRETACIONES Y RAZONES

La finalidad del Tribunal Constitucional es asegurar lo más posible la plena vigencia de la Constitución³. En la medida que hace a la esencia de la Constitución su contenido material entendido como el conjunto de exigencias de justicia constitucionalizadas⁴, esta labor de aseguramiento tiene necesariamente dos pasos. El primero consiste en controlar la constitucionalidad material de las normas que por estar recogidas en la Constitución han de ser tenidas como formalmente constitucionales⁵; y el segundo consiste en controlar la

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

¹ Cfr. “Sobre cómo el TC transgrede el margen de acción del Juez y otras tristezas”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 234, en prensa.

² Así dijo el TC: “si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal (...), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica”. EXP. N.º 01495-2012-PA/TC, fundamento 17.

³ Es en este sentido un comisionado del Poder constituyente. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, ps. 197 y siguientes.

⁴ O, en palabras de Zagrebelsky, “intereses materiales no disponibles”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 94. En palabras del TC, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La Constitución como objeto de control constitucional”, *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, ps. 273-283.



constitucionalidad de las actuaciones infraconstitucionales, públicas y privadas. Esta labor de aseguramiento la realiza a través de los llamados procesos constitucionales, a los cuales, consecuentemente, se les ha asignado como función esencial “garantizar la primacía de la Constitución” (artículo II CPConst.).

Si el TC está para asegurar la plena vigencia de la Constitución controlando la constitucionalidad tanto de la propia Constitución como de las decisiones jurídicas (normativas y no normativas) infraconstitucionales, a través de los procesos constitucionales, entonces, tendrá que ser admitido que el TC solo podrá conocer de aquellas controversias jurídicas que tengan relevancia constitucional⁶. Esto necesariamente significa que en toda sentencia que el TC emita en ejercicio de sus funciones, siempre habrá formulada una interpretación constitucional. Con base en la diferenciación entre disposición y norma⁷, es posible sostener que la norma es consecuencia de una actividad interpretativa recaída sobre la disposición⁸.

La interpretación que realiza el TC sobre la disposición constitucional puede originar dos tipos de normas: la norma constitucional directamente estatuida y la norma adscripta⁹. La primera se define como aquella norma que se desprende directamente de la disposición constitucional; mientras que la segunda es una concreción o precisión de las normas constitucionales directamente estatuidas. Las interpretaciones que de la Constitución realiza el TC son concreciones de las normas constitucionales directamente estatuidas a la cual se adhieren, conformando normas constitucionales adscritas. En las sentencias que emite el TC será posible identificar al menos normas constitucionales de dos tipos: la directamente estatuida y la adscripta.

Las normas constitucionales que se hagan contener en la sentencia han de estar justificadas. Con carácter general es posible sostener que toda formulación normativa que realice el TC necesita de unas razones que las justifiquen. La corrección de las razones decidirá la validez material de las normas constitucionales. Así, a razones incorrectas le seguirán normas inconstitucionales, ya sean directamente estatuidas, ya sean adscriptas. En una sentencia del TC interesará las normas constitucionales (directamente estatuidas como adscriptas), así como las razones que hayan sido dadas para determinar su validez material.

Una decisiva justificación de este interés radica en el hecho de que la identificación de tales normas y razones permitirán concluir si el TC ha acertado o ha errado a la hora de solucionar el caso. En efecto, la norma constitucional adscrita necesita ser formulada de cara a la solución de una cuestión jurídica presentada, ya sea en concreto ya sea en abstracto. En el primer caso, la solución final será consecuencia de la aplicación de la norma constitucional adscrita a las concretas circunstancias del caso presentado; mientras que en el segundo caso, la solución vendrá dada por la comparación entre la ley o norma con rango de ley

⁶ Una cuestión jurídica es tal cuando incide directamente en el ámbito normativo constitucional.

⁷ GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

⁸ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa – UNAM, México 2008, ps. 3–6.

⁹ ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 66–73.

cuestionada en su constitucionalidad abstracta, y la norma constitucional adscrita concluida, para determinar si aquélla se ha ajustado o no a ésta.

Bien vistas las cosas, la solución que el TC plantee a una cuestión constitucional presentada, tendrá consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, modificará, consolidará o invalidará posiciones jurídicas de los particulares, lo que ha permitido reconocer en el fallo de la sentencia una norma jurídica particular, cuyo supuesto de hecho se conforma con las circunstancias que definieron la cuestión constitucional llevada al TC, y cuya consecuencia jurídica es el fallo¹⁰. El fallo en una sentencia del TC (y en realidad en toda sentencia jurisdiccional), tiene carácter normativo por lo que está ordenado cumplirlo¹¹.

De lo que se lleva dicho es posible concluir que toda sentencia del TC se compone de normas y de razones de las normas. A continuación se sostendrá y justificará que si bien el TC formula correctas normas constitucionales adscritas, yerra a la hora de justificar su aplicación al caso concreto; o dicho de otro modo, yerra a la hora de dar las razones que justifiquen la creación de la norma particular que significa el fallo.

III. LA SENTENCIA AL EXP. N.º 03116-2009-PA/TC

1. La sentencia

En la sentencia al EXP. N.º 03116-2009-PA/TC, fue resuelta la siguiente cuestión constitucional: ¿es constitucional la decisión del Poder Ejecutivo de modificar “de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.ºs 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás”¹²? El TC analizó la cuestión respecto de varios contenidos constitucionales. Aquí es relevante analizarlo respecto del derecho a la igualdad, debido a que se declaró “**FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley”¹³.

La disposición constitucional que le sirve de punto de arranque a este respecto fue el artículo 2.2 de la Constitución. La norma directamente estatuida que reconoce el TC es fruto de la aplicación del principio de interpretación literal, y la presenta así:

¹⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, ps. 135-138.

¹¹ Su carácter normativo permite, y exige, que se le valore en referencia a la Constitución. Así, un fallo podrá ser o constitucional o inconstitucional. Mientras que las razones que han sido dadas para justificar que la aplicación de la norma constitucional adscrita a la cuestión constitucional presentada, da como resultado una determinada solución (el fallo), podrán ser tenidas como correctas o incorrectas.

¹² Sentencia al EXP. N.º 03116-2009-PA/TC, antecedentes, primer párrafo.

¹³ Idem., punto 1 del fallo.



N: “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”¹⁴.

Inmediatamente después, el TC hace referencia a la norma constitucional adscrita en los términos siguientes: “la Constitución reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deban ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas”¹⁵. Esta norma puede ser formulada en lenguaje deóntico de la manera siguiente:

N₁: “Está ordenado tratar igual tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, de modo que ante supuestos de hecho iguales deban ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas”.

El TC no da ninguna razón que justifique la norma constitucional adscrita creada, sin embargo, es posible reconocerle corrección argumentativa y constitucionalidad material normativa. De lo que sí da razones el TC es de la aplicación de la norma constitucional adscrita N₁ a las concretas circunstancias que definieron la cuestión constitucional presentada. Empieza el TC mencionando que para la aplicación del juicio (o test) de igualdad, se necesita establecer un *tertium comparationis*. El TC ni dice en qué consiste el juicio de igualdad que –parece ser– aplicaría al caso para hallar su solución, ni establece cuál es ese *tertium comparationis*. Sin duda, un mal inicio de la justificación.

El desarrollo de la justificación no se diferencia mucho de su inicio. Sin conectarlo expresamente con el juicio de igualdad, el TC pasa a preguntarse por la finalidad constitucional de los aranceles, y concluye lo siguiente: “resulta válido afirmar que los aranceles tienen como finalidad constitucional favorecer la producción nacional, promover la estabilidad económica a través del aumento o disminución, la reducción o ampliación de las importaciones que pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda nacional, estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión nacional, controlar los precios, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales”¹⁶.

Una vez presentada la finalidad de los aranceles, procede a determinar si tal finalidad se verifica en el artículo 2 del D.S. 158–2007–EF, que es la disposición reglamentaria a través de la cual el Poder Ejecutivo comunica su decisión de modificar los aranceles de 12% a 0%. Y responde el TC que el mencionado artículo 2, “no cumple con la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado, pues no persigue favorecer la

¹⁴ Idem., F. 17. En lenguaje deóntico, esta norma pudo ser formulada así: “Está ordenado respetar el derecho a la igualdad”; o pudo ser expresada así también: “Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la igualdad”.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem., fundamento 20, segundo párrafo.

producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional, o incentivar la competitividad de los productos nacionales”¹⁷.

Por esta razón considera que la reducción de 12% a 0% es desproporcionada: porque la reducción no tiene una finalidad constitucionalmente legítima¹⁸. Aunque no lo dice el TC, la lógica es clara: la ausencia de finalidad constitucional hace de la medida reglamentaria una medida inidónea y por ello desproporcionada¹⁹. Y es que el juicio de idoneidad “exige que la agresión del contenido constitucional *prima facie* de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad”²⁰.

Esto le permite al TC concluir que la reducción arancelaria es contraria a la Constitución, porque es contraria a la norma constitucional adscripta N^o 1. Así dijo el TC: “este Tribunal considera que la modificación de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales referidas contraviene el derecho a la igualdad, porque está generando un tratamiento desigual entre la inversión nacional y la extranjera”²¹.

2. La aclaración

Esta sentencia es muy mala en este punto, tanto que el mismo TC aprovecha un pedido de aclaración para emitir una resolución que no se limita a aclararla, sino a modificarla. Y la modificación más destacada que hace al análisis, es la siguiente. Como se mostró, en la sentencia el TC manifiesta que los aranceles cumplen con una finalidad constitucional legítima: favorecer la producción nacional. En la resolución de aclaración, sorprendentemente, dice que lo que calificó de finalidad constitucional no es sino una finalidad conceptual: “en relación con la interrogante acerca de cuál es el fundamento constitucional en virtud del cual se señala que la finalidad de los aranceles es favorecer la producción nacional (...), cabe anotar que dicho fundamento no es constitucional, sino conceptual”²²; e inmediatamente después añade lo siguiente: “es cierto, sin embargo, que no existe fundamento constitucional para sostener la tesis de que se encuentra exigido, o acaso prohibido, que se establezca una política favorable o desfavorable al establecimiento de aranceles. Dicha determinación, desde luego, ingresa dentro del margen de discrecionalidad en el ejercicio de las competencias constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en esta materia”²³.

¹⁷ Idem., fundamento 23.

¹⁸ Idem., fundamento 24 parte final

¹⁹ El juicio de idoneidad es un componente del principio de proporcionalidad. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, citado, ps. 693–740.

²⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel; GRANDEZ, Pedro (Coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra editores, Lima 2010, p. 304.

²¹ EXP. N.º 03116–2009–PA/TC, fundamento 26 parte final.

²² Resolución aclaratoria de la sentencia al EXP. N.º 03116–2009–PA/TC, fundamento 9.

²³ Idem., fundamento 10.



La decisión ejecutiva de reducir de 12% a 0% ya no es desproporcionada por carecer de una finalidad constitucional, porque esta dejó de ser normativa para pasar a ser meramente conceptual; sino que en la resolución de aclaración la causa de la desproporción es la reducción intempestiva de la tasa arancelaria. En efecto, a decir del TC, la inconstitucionalidad del artículo 2 del D.S. 158–2007–EF radica en “la desproporcionada e intempestiva reducción a 0% de la tasa de los derechos arancelarios *ad valorem* CIF para las sub–partidas nacionales (...)”²⁴. Para el TC la gradualidad en la reducción era una exigencia de proporcionalidad: “reflejo de dicha ponderación es la gradualidad en la reducción de los aranceles, la cual en modo alguno fue respetada por el Poder Ejecutivo en el caso de autos”²⁵.

Pero en esta vorágine impresionante de poca aptitud para la justificación que demuestra el TC, aparece la afirmación siguiente: “tampoco cabe sostener que en toda circunstancia y rubro en los que el Poder Ejecutivo haya optado u opte por reducir una tasa arancelaria a 0%, existirá razón para dar lugar a una sanción de inconstitucionalidad por parte de este Colegiado. Desde luego, ello dependerá de las concretas circunstancias que rodeen dicha regulación, las que deberán ser apreciadas a luz de los derechos, principios o valores constitucionales que resulten concernidos”.

Esto quiere decir que lo que realmente es la causa de inconstitucionalidad no es “la desproporcionada e intempestiva reducción a 0%”, o –dicho de otro modo–, no es la exigida gradualidad en la reducción; sino que la causa es que tal intempestiva y no gradual reducción no se condice con las concretas circunstancias, es decir, no está justificada. No es que no tenga justificación la reducción, sino que de tal justificación el Ejecutivo no ha dicho nada.

3. Una breve valoración

Esta sentencia y su aclaratoria desnudan notables carencias en la justificación que está obligado a mostrar el TC. Es verdad que en un Estado constitucional de derecho no es posible reconocer la existencia de ámbitos exentos de control constitucional, por la razón sencilla de que no existen ámbitos exentos de vinculación a la Constitución. Siendo esto verdad, también lo es que el control constitucional debe ser realizado con respeto a los demás órganos constitucionales, particularmente al ejercicio razonable de sus competencias. Precisamente por la ausencia de una justificación en su decisión de anular una decisión ejecutiva que *prima facie* es consecuencia del ejercicio razonable de una competencia atribuida al Ejecutivo, el TC ha tejido un manto grueso de duda sobre su actuación.

No existe, ni en la sentencia ni en su aclaración, ninguna razón que permita justificar que la ausencia de motivaciones en la decisión ejecutiva de reducir los aranceles, agrede alguna facultad o exigencia que configure el contenido esencial del derecho a la igualdad. Este es el dato relevante. Si la decisión ejecutiva vulnerase un derecho fundamental, tal decisión habría de invalidarse, pero, el hecho de que el Ejecutivo no haya justificado la decisión de reducción no significa necesariamente una vulneración del derecho a la igualdad. Y es que si la reducción es inconstitucional no por haberse reducido intempestivamente al 0%, sino

²⁴ Idem., fundamento 3.

²⁵ Idem., fundamento 11.

por no haberse mostrado razones para la reducción, entonces la reducción no es inconstitucional necesariamente; y mucho menos sería inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad. Para el TC una reducción arancelaria que adopta el Ejecutivo sin justificar, automáticamente significa una violación del derecho a la igualdad, lo que no es cierto. En el fondo, para el TC sigue siendo una exigencia normativa y no solo conceptual, considerar que los aranceles tienen por finalidad promover la producción nacional.

IV. La sentencia al EXP. N.º 01495–2012–PA/TC

En la sentencia al EXP. N.º 01495–2012–PA/TC se resuelve una cuestión constitucional sustancialmente igual a la resuelta en la sentencia al EXP. N.º 03116–2009–PA/TC: “La controversia radica en determinar si (...) el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 007–2011–EF, cuyo artículo 1º establece, a partir de su entrada en vigor, las tasas de 0% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las subpartidas arancelarias nacionales 2523 10 00 00 y 2523 29 00 00, viola los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 03116–2009–PA/TC por resultar homogéneo al artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158–2007–EF, que fuera declarado inaplicable por este Tribunal”²⁶.

La vinculación entre una y otra sentencia permite sostener que la norma constitucional directamente estatuida es la misma que en la sentencia comentada primero²⁷. También permite tener como norma constitucional adscrita la norma N₁ concluida en la sentencia anterior²⁸. Aquí entra en juego una norma constitucional adscrita más, esta vez creada no por el TC sino por el Legislador orgánico. Me refiero a la decisión formalmente legislativa y materialmente de rango constitucional recogida en el artículo 60 del Código Procesal Constitucional. Desde esta disposición es posible formular una norma constitucional adscrita en los términos siguientes:

N₂: Está permitido denunciar un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de amparo, por la parte interesada ante el Juez de ejecución²⁹.

²⁶ Sentencia al EXP. N.º 01495–2012–PA/TC, fundamento 1.

²⁷ Una tal norma puede ser formulada en lenguaje deóntico de la manera siguiente: Está ordenado respetar el derecho a la igualdad.

²⁸ Como se recordará tal norma es la siguiente:

N₁: “Está ordenado tratar igual tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, de modo que ante supuestos de hecho iguales deban ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas”.

²⁹ Esta es una norma que se adscribe a la norma directamente estatuida que se desprende del artículo 200.2 de la Constitución, y que establece que está permitido el amparo constitucional para defender los derechos fundamentales no protegidos ni por el hábeas corpus ni por el hábeas data.



Adicionalmente, el TC ha concretado la norma constitucional adscrita formulada por el legislador orgánico, a través de una serie de elementos normativos, de los cuales ahora conviene destacar uno que puede ser formulado de la manera siguiente:

N₃: Está ordenado que para considerar un acto como sustancialmente homogéneo a otro acto lesivo de derechos fundamentales, no solo debe existir coincidencia en las características del acto sino también en las razones que lo originaron³⁰.

El elemento definitorio en esta segunda sentencia es la determinación de si estamos o no ante un acto lesivo homogéneo, particularmente, si el nuevo acto cumple con el elemento objetivo para definir la manifiesta homogeneidad. En palabras del TC: “En la medida en que no existe controversia alguna en cuanto a la concurrencia de los presupuestos para conocer el pedido de represión de actos lesivos homogéneos, así como respecto de la evaluación de los elementos subjetivos (persona afectada y origen o fuente del acto lesivo), corresponde analizar el elemento objetivo y si se presenta la manifiesta homogeneidad del nuevo acto respecto del anterior”³¹. Se trata, pues de saber si se cumple o no con la norma adscrita N₃.

Para el TC no hay duda de que la agresión denunciada como acto lesivo homogéneo no cumple con N₃: “es claro que el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 007–2011–EF obedece a razones completamente distintas a las que, en su momento, fueron evaluadas en la sentencia constitucional [EXP. N.º 03116–2009–PA/TC]”³². El TC llega a esta conclusión después de transcribir el punto II de la exposición de motivos del D. S. 007–2011–EF. Y aquí empieza nuevamente a mostrarse la poca capacidad argumentativa del TC. La razonable exigencia de justificación demanda que el TC no se limite a transcribir los tres párrafos de la exposición de motivos mencionada, sino que exigía que identificase cuáles habían sido las razones del primer acto agresor, para luego identificar las razones del segundo acto agresor, y así poder mostrar si eran o no las mismas. Nada de esto aparece en la sentencia del TC.

Por el contrario, la deficiente justificación llevada a cabo por el TC en este punto, crea la duda siguiente respecto de N₃: en referencia al acto agresor ¿qué se ha de entender por “las razones que lo originaron”? Es posible diferenciar entre las razones que llevaron a la producción de un determinado acto y las razones de inconstitucionalidad de ese mismo acto. En el caso, unas razones han sido las que llevaron al Ejecutivo a plantear la reducción arancelaria en el D.S. 158–2007–EF, y otras distintas las razones por las que el TC declaró que la reducción era un acto lesivo a la norma constitucional adscrita N₁. Las primeras

³⁰ N₃ es posible de ser concluido desde la siguiente afirmación del TC: “[u]n aspecto importante a recalcar es que no corresponde únicamente analizar las características del acto, sino también las razones que lo originaron, pues pueden ser diferentes a las invocadas en un primer momento”. EXP. N.º 01495–2012–PA/TC, fundamento 14.

³¹ Idem., fundamento 24.

³² Idem., fundamento 27

razones no son competencia del TC porque no es controlador político sino constitucional del Gobierno; lo que exige admitir que está legitimada la intervención del TC cuando el acto, motivado por las razones que fuesen, exterioriza una agresión a alguna exigencia constitucional. En este punto, es posible sostener que un directo control constitucional puede suponer un indirecto control político, pero bien vistas las cosas, el control político no es el perseguido como tal, sino que es consecuencia inevitable del control constitucional³³. Y de hecho, en este tipo de asuntos, la legitimidad del control del TC depende de la justificación que muestre, ésta ha de ser una especialmente correcta porque tiene también repercusiones políticas.

Las razones a las que se refiere N₃ son necesariamente las razones por las que un determinado acto ha de ser tenido como acto inconstitucional. Está claro que si a una persona jurídica se le cancela la licencia de funcionamiento porque su accionista mayoritario profesa la religión R, un nuevo acto de cancelación de la licencia de funcionamiento esta vez porque el accionista mayoritario es del sexo femenino, no podrá ser considerado acto lesivo homogéneo, aún cuando en ambos casos se trata de la vulneración del derecho a la igualdad. Y es que en el primer acto se vulneró la igualdad por razón de las creencias religiosas, y en el segundo se le vulneró por diferenciar por el sexo.

Intentemos responder a la pregunta que ni tan siquiera se formula el TC: ¿cuáles fueron las razones del primer acto agresor? Como se justificó antes, es posible sostener que en la primera sentencia el TC considera inconstitucional la reducción arancelaria por no haber mostrado el Ejecutivo las razones para llevar a cabo tal reducción. Este motivo no aparece en el acto denunciado como homogéneo. En efecto, el TC se da cuenta –y de hecho transcribe párrafos completos de la exposición de motivos del D. S. 007–2011–EF– que en el segundo acto ejecutivo de reducción arancelaria sí están presentes unas razones como justificación de la reducción.

Esto significa, en estricto, que en el segundo acto agresor no se llega a dar la causa que originó la inconstitucionalidad del primer acto ejecutivo de reducción arancelaria. Por eso no puede ser tenido como acto lesivo homogéneo. En realidad, el segundo acto de reducción arancelaria no está aquejado por ninguna razón de inconstitucionalidad: “este Tribunal tiene a bien señalar que lo dispuesto en el artículo 1º del decreto mencionado [D.S. 007–2011–EF] no contraviene la Constitución”³⁴.

Y es que el TC da por buenas las razones que el Ejecutivo presenta en la exposición de motivos del D.S. 007–2011–EF para justificar la reducción arancelaria a 0%: “a) facilita que las empresas cementeras nacionales, debido al fuerte crecimiento de la demanda por

³³ Por ejemplo, si la razón que motivó la decisión del Ejecutivo de prohibir que las personas que profesen la religión R no puedan ser directores de un centro privado de enseñanza, fue el convencimiento de que quienes profesan la religión R realizan una mala gestión de la dirección del centro de enseñanza por profesar tal religión, al TC no le ha de interesar este convencimiento, sino que le interesará que la decisión del Ejecutivo es una que discrimina por razón de religión y la ha de invalidar. Esto obligará al Ejecutivo a modificar su apreciación de quienes profesan la religión R. En este ejemplo, un control de constitucionalidad supondrá necesariamente un control de las razones que motivaron el acto.

³⁴ EXP. N.º 01495–2012–PA/TC, fundamento 27.



cemento, importen cantidades representativas de cemento clinker y cemento Portland no blanco, como ha venido sucediendo desde el 2008 al 2010; b) mejora la eficiencia de la producción y la continuidad del abastecimiento de las empresas cementeras nacionales que enfrentan restricciones de capacidad y abastecimiento; y c) favorece a los consumidores en términos de precio, oferta y calidad, teniendo en cuenta que durante el 2010 el sector Construcción ha evidenciado una fuerte y rápida recuperación al crecer cerca de 17% durante los primeros diez meses del año, producto de la reactivación de la inversión privada y del incremento de la inversión pública”³⁵.

En la medida que en la exposición de motivos el Ejecutivo hace referencia a la Resolución Ministerial N.º 005-2006-EF/15, vigente durante ambas decisiones de reducción arancelaria; y en la medida que se trataba de partidas que incidían en el mercado de la construcción, el cual había experimentado un notable incremento desde antes de la decisión de la primera reducción; no es aventurado sostener que aunque no fueron dadas razones para justificar la primera reducción arancelaria a 0%, tal reducción estaba plenamente justificada tal y como lo estaba la segunda reducción arancelaria también al 0%. Esto abunda en el sentido de considerar que el TC decidió mal cuando decidió invalidar la reducción arancelaria dispuesto por el D. S. 158-2007-EF.

V. CONCLUSIONES

La sentencia al EXP. N.º 01495-2012-PA/TC en definitiva confirma que la razón de inconstitucionalidad por la que el TC invalidó el artículo 2 del D. S. 158-2007-EF, fue en realidad la ausencia de motivación de la decisión ejecutiva de reducir a 0% el arancel para cemento. Ni la negación de una finalidad constitucional, ni la intempestiva reducción a 0%, fueron las razones, aunque estas aparecieran expresamente mencionadas en la sentencia y su aclaración. Siendo la ausencia de motivación la verdadera causa de inconstitucionalidad, conviene decir algo sobre ella.

Es verdad, como se admitió ya, que no existen zonas exentas al control constitucional por la sencilla razón de que no existen zonas exentas de vinculación a la Constitución. No escapa a este principio el ámbito de regulación de las tarifas arancelarias que corresponde al Presidente de la República. Pero si el TC, y en general cualquier Juez, decide controlar a través de un amparo constitucional el ejercicio de esta función ejecutiva, está obligado a justificar con base en razones fuertes la decisión de invalidar una tarifa arancelaria. Tal justificación solamente se sostiene si es posible advertir una manifiesta vulneración de un derecho fundamental. Incluso, si fuese posible sostener la vulneración de un principio constitucional (como el de razonabilidad o el de proporcionalidad), la procedencia de un amparo requiere necesariamente que tal vulneración incida directa y manifiestamente sobre el contenido constitucional de un derecho fundamental. De lo contrario, el control constitucional pasa de ser uno concreto a uno abstracto³⁶.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Como acertadamente lo denuncia el voto singular a la sentencia al EXP. N.º 03116-2009-PA/TC, del entonces Magistrado Landa, fundamentos 7 y 8.

El TC sostuvo que se había vulnerado el derecho a la igualdad por no haberse justificado la reducción arancelaria. Dijo, en el primer amparo, que no había sido demostrado en el proceso que la reducción arancelaria perseguía una finalidad constitucional³⁷, es decir, que estaba justificada. Ante tal ausencia de justificación decidió invalidar la reducción. Esta invalidación pone de manifiesto el hecho de que el TC ha actuado siempre –en la sentencia y en su aclaratoria– con base en una presunción: que toda reducción de aranceles se ha de presumir como contraria a la producción nacional, consecuentemente, se ha de presumir como generadora de desigualdad a favor de la industria extranjera y en perjuicio de la industria nacional³⁸. Esa justificación dada por el TC es sumamente deficiente, y por eso generó la controversia que generó en la academia³⁹, incluso, generó que se dudase de la honestidad y honorabilidad de los magistrados que habían firmado la sentencia⁴⁰.

Y es que nunca se demostró lo que está exigido demostrar en un proceso de amparo: la manifiesta vulneración del derecho a la igualdad, sino que incorrectamente fue presumida por el TC. Vulneración que en realidad nunca hubo, sino que el TC la presumió por el hecho de que el 158–2007–EF no justificaba la reducción a 0% del arancel del cemento. Por eso, en el segundo amparo destaca el TC que el D. S. 007–2011–EF ha justificado la reducción arancelaria a 0% y por eso no la considera inconstitucional, y al no ser inconstitucional, no podrá ser considerado ya no como sustancialmente homogéneo, sino ni tan siquiera como un acto realmente lesivo. Esto es lo relevante. Lo relevante no es la ausencia de homogeneidad sustancial por obedecer el D. S. 007–2011–EF “a razones completamente distintas” a las que motivaron la primera reducción declarada inconstitucional. De hecho la situación fáctica era muy parecida, por lo que las razones no pudieron ser distintas, no al menos sustancialmente. Lo relevante fue, digámoslo una vez más, que en el primer caso el Ejecutivo no justificó su decisión de reducción y en el segundo caso sí.

No son pocas las veces en las que el TC no da justificaciones correctas de sus decisiones. En las dos sentencias referidas a Cementos Lima S. A., el TC formuló bien las normas constitucionales adscritas, pero se equivoca a la hora de aplicarla al caso concreto, por lo que no le es posible dar una justificación correcta. Y se equivoca de modo clamoroso, tanto que enciende incluso las sospechas de su honorabilidad. En la primera sentencia, la incorrecta justificación de la aplicación de N₁ al caso, le lleva a una decisión inconstitucional: invalidar

³⁷ EXP. N.º 03116–2009–PA/TC, fundamento 25.

³⁸ En el fondo, la llamada finalidad constitucional nunca dejó de ser tal para el TC, aunque en la resolución de aclaración dijese expresamente que no era una finalidad constitucional sino conceptual.

³⁹ El número 28 de la Revista Gaceta Constitucional dedica su especial al análisis de la sentencia al EXP. N.º 03116–2009–PA/TC. De los cinco artículos que componen el especial, solo uno muestra su acuerdo con la referida sentencia, y los otros cuatro la critican.

⁴⁰ Al punto que la resolución de aclaración de la sentencia al EXP. N.º 03116–2009–PA/TC, los cuatro magistrados que firmaron la sentencia se ven obligados a manifestar lo siguiente: “Que, finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce, valora y protege el derecho fundamental de toda persona a formular análisis y críticas a las resoluciones jurisdiccionales (inciso 20 del artículo 139º de la Constitución), incluyendo, desde luego, a las emitidas por este Colegiado. (...). No obstante, con el mismo énfasis debe señalarse que el ejercicio de dicho derecho, no autoriza a ninguna persona o autoridad, al margen de la investidura que ostente, a poner en tela de juicio, sin sustento alguno, la honorabilidad de los magistrados que conformamos este Tribunal. Ello no solo afecta la institucionalidad del país, sino también el esencial valor del diálogo y la crítica, tan importantes en una democracia”. Fundamento 13.



una reducción arancelaria a 0%. En la segunda sentencia sigue justificando mal, pero –y por esas casualidades que tiene la vida–, acierta en la solución. Estas deficiencias gruesas y su a veces exagerado (cuando no inconstitucional) modo de exigir una justificación a una decisión ejecutiva o judicial⁴¹, confirman que el TC solo mira la paja del ojo ajeno y no aprecia la viga del suyo propio.

⁴¹ Como en el caso mencionado de la sentencia al EXP. N.º 04298–2012–PA/TC.