

## EL NUEVO MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: ANTECEDENTES, BALANCE Y PERSPECTIVAS

Samuel B. ABAD YUPANQUI<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *El modelo de la Carta de 1979*. II. *El “modelo” plasmado a partir del 5 de abril de 1992*. III. *La Constitución de 1993*. IV. *Reflexiones finales*.

En la actualidad no se discute que la Constitución constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país; sin embargo, la realidad demuestra que con mayor o menor frecuencia, es vulnerada por parte de las autoridades, funcionarios e incluso por particulares. Reconociendo tal situación, los Estados democráticos tratan de *garantizar* el respeto a los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional a través de ciertos instrumentos procesales —llamados garantías o procesos constitucionales— y determinados órganos jurisdiccionales, ya sea el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional. De esta manera, nos referiremos al *modelo de jurisdicción constitucional* para definir la forma como se regulan los procesos constitucionales y se estructura el órgano encargado de resolverlos (Poder Judicial, Tribunal Constitucional o, de ser el caso, ambos).<sup>2</sup>

La Carta peruana de 1979, vigente desde julio de 1980, adoptó un *modelo dual* de jurisdicción constitucional,<sup>3</sup> que fue modificado abruptamente tras la ruptura del régimen constitucional del 5 de abril de 1992. En efecto, se dispuso, entre otras medidas, la reorganización del Poder Judicial, la desactivación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), la creación de puntuales causales de improcedencia de las acciones de *habeas corpus* y amparo, y la restricción de la medida cautelar en el amparo. Incluso, un decreto otorgó una “nueva” competencia al desactivado TGC. Se inició así una etapa en que

<sup>1</sup> Profesor de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, investigador de la Comisión Andina de Juristas.

<sup>2</sup> Precisamos el concepto de jurisdicción constitucional que vamos a utilizar debido a la diversidad de contenidos que suelen darse a esta expresión. En efecto, como ha señalado Rubio Llorente, “la imposibilidad de establecer un concepto único de jurisdicción constitucional fue demostrada ya hace más de sesenta años por Friesenhahn” (Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, núm. 35, 1992, p. 9.)

<sup>3</sup> García Belaúnde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, CAJ, 1991, p. 186.

la Carta de 1979 quedaba en suspenso en tanto sus disposiciones no fueran compatibles con los objetivos del régimen.

Posteriormente, ante la presión de la comunidad internacional, se dio inicio a un “proceso de retorno a la institucionalidad democrática” que condujo a la elaboración de una nueva Constitución —innecesaria e incluso con acento autoritario—<sup>4</sup> a cargo de un Congreso Constituyente, denominado Democrático (CCD), que fue sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993<sup>5</sup> y entró en vigor el 31 de diciembre del mismo año.

De ahí que sea relevante efectuar un balance de lo sucedido, del perfil del modelo de jurisdicción constitucional vigente, de las reformas introducidas, así como de sus perspectivas de aplicación. En este sentido, el objeto final del presente trabajo es evaluar en qué medida todo ello contribuirá a fortalecer la institucionalidad democrática en el país.

## I. EL MODELO DE LA CARTA DE 1979

La configuración del modelo de jurisdicción constitucional fue una de las más importantes innovaciones contempladas por la Carta de 1979 (artículos 295 y siguientes). No sólo contaba con un Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), integrado por nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Ejecutivo y tres por la Corte Suprema), cuyo periodo era de seis años, pudiendo ser reelectos y que se renovaban por tercios cada dos años, sino además con las siguientes garantías o procesos constitucionales:

a) El *habeas corpus*, protector de la libertad individual, cuyo antecedente más lejano data de una ley de 1897, que se inicia ante el Poder Judicial; pudiendo luego acudir en casación al TGC —hoy desactivado— sólo si era rechazada la pretensión en la vía judicial.

b) El amparo, que tutela derechos fundamentales distintos a la libertad individual, y de trámite similar al *habeas corpus*.

c) La acción de inconstitucionalidad ante el TGC, contra las leyes, decretos legislativos, leyes regionales y ordenanzas municipales contrarias a la Constitución.

d) La acción popular, cuyo antecedente inmediato se encuentra en la Carta de 1933, que se tramita ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución

<sup>4</sup> Cfr. Análisis del Proyecto de Constitución, en “Del golpe de Estado a la nueva Constitución”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, 9, Lima, CAJ, 1993, pp. 193 y ss.

<sup>5</sup> De acuerdo con los resultados oficiales, el “SI” obtuvo el 52.33% de los votos válidos mientras que el “NO” alcanzó el 47.67%.

o la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

A ello se sumó la atribución del Poder Judicial de inaplicar al caso concreto las normas inconstitucionales, bajo las pautas del sistema difuso o norteamericano (artículo 236), que existe formalmente desde el Código Civil de 1936.

En consecuencia, para la Carta de 1979 la jurisdicción constitucional correspondía tanto al Poder Judicial, en sus diversas instancias, como a un Tribunal Constitucional, cuya sede era la ciudad de Arequipa. En algunos casos, compartían determinadas competencias dentro de un mismo proceso, tal como sucedía en el *habeas corpus* y el amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En otros, la ejercían de modo exclusivo, *verbi gratia* la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad ante el TGC.

Este modelo funcionó en su conjunto hasta el momento de la ruptura del régimen constitucional el 5 de abril de 1992. Pese a ser el más avanzado de nuestra historia, por diversas razones no operó adecuadamente. Por un lado, mostraba serias deficiencias vinculadas al marco normativo que le daba sustento, y por otro, la pobre formación y actuación de sus operadores no contribuyó a su cabal desarrollo.<sup>6</sup>

En este sentido, tratándose del TGC, es suficiente examinar el número de casos que llegaron a su conocimiento para contar con una idea global de su actuación. Así por ejemplo, como destaca Eguiguren,<sup>7</sup> basta recordar las múltiples oportunidades en que a nivel de la opinión pública y del debate político fue discutida la inconstitucionalidad de una ley, para constatar su mínima relación con el número de casos recibidos.

6 Cfr. Fernández Segado, Francisco, "El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación", *Ius et Praxis*, Revista de la Universidad de Lima, núm. 14, 1989, pp. 13-29; Rubio Correa, Marcial, Francisco Eguiguren y Samuel Abad, "Evaluación de cuatro años de *habeas corpus* y amparo en el Perú: 1983-1986", en el libro colectivo, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUC, 1990, pp. 221-274; Abad Yupanqui, Samuel, *Selección de jurisprudencia constitucional*, Lima, CAJ, 1990; Eguiguren Praeli, Francisco, "El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad", *Lecturas sobre Temas Constitucionales-7*, Lima, CAJ, 1991, pp. 1559; Eguiguren Praeli, Francisco, "El *habeas corpus* en el Perú: enero 1983-julio 1990", *Lecturas Constitucionales Andinas 1*, Lima, CAJ, 1991, pp. 105-142; Ramos Neyra, Jorge, *La casación en el Tribunal de Garantías Constitucionales*, tesis, Lima, PUC, 1992.

7 Eguiguren Praeli, Francisco, *Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, CAJ, 1990, p. 66.

Cuadro núm. 1  
Acciones de inconstitucionalidad  
1983-1992

---

1983	1
1984	4
1985	0
1986	0
1987	1
1988	0
1989	0
1990	4
1991	1
1992	4
Total	15

Cabe anotar que de este número de procesos, en dos ocasiones se expedieron sendos autos de inadmisibilidad, y en cinco oportunidades no se pudo alcanzar el número de votos necesarios para dictar sentencia (según el artículo 8 de la Ley 23385 se requería 6 votos conformes del total de 9 magistrados). En un caso se presentó una situación peculiar pues un extremo de la demanda fue resuelto, declarándose infundada, mientras que el otro no pudo serlo al no reunirse el número de votos necesarios. Finalmente, dos sentencias declararon infundada la acción y en cinco oportunidades el TGC declaró fundada la inconstitucionalidad planteada.

Cuadro núm. 2  
Recursos de casación ante el TGC: *habeas corpus* y amparo  
1983-1991

---

<i>habeas corpus</i>	69
Amparo	486
Total	555

La casación si bien cuantitativamente fue mayor, y aunque se dieron algunos fallos importantes, tampoco evidenció un notable desarrollo. Basta, como

ejemplo, recordar que aproximadamente en el 10% de casos el TGC no pudo alcanzar los votos necesarios para dictar sentencia y que por lo general los magistrados designados por la Corte Suprema se mostraban renuentes a casar las resoluciones dictadas por dicho órgano.

En términos generales, el reducido número de sujetos que podían iniciar una acción de inconstitucionalidad, la inadecuada ubicación de la sede del TGC, la exigencia de un determinado número de votos para dictar un fallo no sólo para resolver una acción de inconstitucionalidad sino también los recursos de casación en materia de *habeas corpus* y amparo —que en varias ocasiones impidió obtenerlo—, los restringidos efectos de las sentencias que requerían de la ayuda del Congreso para expulsar a una norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, fueron algunas de las razones normativas que impidieron su eficiente funcionamiento.

De otro lado, a nivel del Poder Judicial, si bien el número de procesos de *habeas corpus* y amparo fue sustantivamente mayor, tampoco se ha apreciado un óptimo funcionamiento. El constante rechazo de las demandas de *habeas corpus* presentadas durante los regímenes de excepción, su inviabilidad ante las situaciones en que se alegaba una detención-desaparición, la constante improcedencia del amparo frente a resoluciones judiciales, los abusos en la utilización de la medida cautelar o suspensión del acto reclamado, constituyen ejemplos de lo afirmado.

A todo lo reseñado, se unieron interpretaciones jurisprudenciales erróneas o de escaso contenido, un apego indebido de algunos magistrados a los órganos que los designaron, y también influencias políticas así como debilidad ante presiones económicas.

Pese al contexto descrito, en ningún momento se pensó a nivel de los poderes públicos en una *reforma integral y coherente* que pudiera tornar eficaz el modelo de jurisdicción constitucional adoptado. Por lo general, las reformas planteadas fueron elaboradas al calor de una determinada coyuntura, destacando como aislada excepción una propuesta elaborada por un grupo de profesores de derecho constitucional que no llegó a prosperar.<sup>8</sup> Por ello, era necesario una reforma democrática que, evaluando dicha experiencia, tratara de brindar un adecuado marco constitucional y legal que contribuyera a fortalecerlo.

8 Nos referimos a la propuesta de reforma elaborada por el Centro de Estudios Constitucionales de Lima en febrero de 1992 (*Lecturas sobre Temas Constitucionales* 8, Lima, CAJ, 1992, pp. 255-269). Cabe anotar que dicho documento, posteriormente fue remitido al CCD y sirvió como fuente de inspiración a algunos dispositivos de la nueva Constitución.

## II. EL “MODELO” PLASMADO A PARTIR DEL 5 DE ABRIL DE 1992

Tras la ruptura del régimen constitucional, ocurrida el 5 de abril de 1992, hasta el 30 de diciembre del mismo año, fecha en que se instaló el Congreso Constituyente Democrático, el Gobierno expidió 748 Decretos Leyes; 21 de los cuales en forma arbitraria e inorgánica modificaron la regulación de las garantías constitucionales y el modelo de jurisdicción constitucional en su conjunto.

### 1. *El Tribunal de Garantías Constitucionales*

#### a) *La desactivación del TGC*

El decreto ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (publicado el 6 de abril) dispuso la reorganización integral del TGC. De acuerdo con ello, el decreto ley 25422, publicado el 9 de abril, cesó a todos sus magistrados.

Esta decisión, materializada cuando el TGC se encontraba próximo a cumplir diez años de funcionamiento —se instaló en Arequipa en noviembre de 1982—, no sólo se “explica” porque para un régimen expresamente alejado del marco constitucional resultaba poco atractiva la existencia de un órgano que lo pudiera controlar, sino además por las sentencias parcialmente estimatorias dictadas en los tres meses previos al golpe y cuyos alcances no agrandaron al Ejecutivo.

Efectivamente, en las sentencias recaídas en las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra los decretos legislativos 651 (dispuso la libertad de tarifas y rutas en el transporte urbano de pasajeros), y 650 (otorgó carácter cancelatorio a los pagos por concepto de compensación por tiempo de servicios), el TGC consideró que los dispositivos impugnados eran inconstitucionales.

Las referidas decisiones, de 29 de enero y 10 de marzo, respectivamente, fueron severamente cuestionadas, en especial aquella que consideraba inconstitucional otorgar efecto cancelatorio al pago semestral de la compensación por tiempo de servicios. Se decía, entre otras cosas, que la mayoría de sus integrantes eran apristas y que el fallo había sido político. Así por ejemplo, el editorial del diario *Expreso* criticaba duramente dicha sentencia afirmando que a través de ella el partido aprista, que “controlaba a los magistrados del TGC”, buscaba sabotear el programa económico del gobierno y obtener ventajas electorales. Agregaba, que ello equivalía a decretar la quiebra automática

de miles de empresas privadas, por lo que finalizaba pidiendo la renuncia de todos sus magistrados por actuar en forma equivocada.<sup>9</sup>

Al respecto, si bien, es posible discutir el criterio interpretativo acogido por el TGC, ello jamás podría justificar la medida adoptada. Dicha decisión sirvió, más bien, para reforzar el proyecto autoritario del Ejecutivo e impedir cualquier posibilidad de control de sus actos.

Por lo demás, al 5 de abril existían aproximadamente 30 expedientes en trámite, que a la fecha aún permanecen paralizados. Se trataba de sesenta y ocho recursos de casación presentados en procesos de amparo y tres *habeas corpus*, así como de doce acciones de inconstitucionalidad (dos acumuladas).<sup>10</sup>

### b) La “nueva” competencia de un inactivo TGC

La situación descrita llegó a límites inconcebibles con la expedición del decreto ley 25721, publicado el 15 de septiembre de 1992, que modificó el artículo 298 inciso 2 de la Constitución otorgándole al desactivado TGC la competencia de conocer en casación “de las resoluciones de las acciones de amparo en que el Estado es demandado”. Es decir, no sólo aludía a las “resoluciones denegatorias” —tal como lo admitió la Carta de 1979— sino además comprendía los casos en que la Corte Suprema declaraba fundada una demanda de amparo contra el Estado.

Dicha norma se “justificaba” por el deseo del gobierno de suspender a través de la interposición del recurso de casación la ejecución de un fallo que le había sido desfavorable. Se trataba de la sentencia de la Corte Suprema que declaró fundado el amparo presentado por Credisa y otras empresas contra el gobierno, con motivo de la eliminación del “cértex”, un beneficio tributario concedido a los exportadores.<sup>11</sup> En la práctica, significaba el “archivamiento” del caso hasta que el TGC volviera a instalarse, lo cual parecía que no iría a suceder pues la inicial propuesta gubernamental consistía en eliminarlo del texto constitucional.

Este decreto permitió que la Corte Suprema desde diciembre de 1992 siguiera remitiendo un elevado número de expedientes al desactivado TGC para su eventual revisión. De acuerdo a información proporcionada por la relatora del desactivado TGC, se trató de 498 procesos de amparo y 25 procesos de *habeas corpus*.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> “La dictadura de los jueces (apristas)”, *Expreso*, 15 de marzo de 1992, p. A/30.

<sup>10</sup> Información proporcionada por la doctora Gabriela Guillén, Relatora del TGC al 20 de abril de 1994.

<sup>11</sup> El fallo fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22-09-92, Separata de Jurisprudencia, pp. 1167-1170.

<sup>12</sup> Información proporcionada por la doctora Gabriela Guillén.

Cabe indicar que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, ante la interposición de estos recursos se limitaba a concederlos sin evaluar su validez constitucional, es decir, sin disponer su inaplicación al caso concreto por ser manifiestamente inconstitucional (control difuso). Así por ejemplo, la resolución de 3 de febrero de 1993, recaída en el recurso de casación presentado por el Procurador Público del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Superintendencia Nacional de administración Tributaria en el proceso de amparo interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Servicios Pesquero S.A. con la Empresa de Servicios Pesqueros S.A. (expediente núm. 1001-91), dispuso:

Estando a lo dispuesto por el Decreto Ley veinticinco mil setecientos veintiuno que modifica el artículo cuarentaidós de la Ley veintitrés mil novecientos ochenticinco; remítase al Tribunal de Garantías Constitucionales con la respectiva nota de atención (s.s. Castillo C., Buendía G., Ortíz B., Falconi S., Roman S.)

Se trataba de una “resolución-tipo” dictada cuando se presentaban recursos de casación basados en dicho decreto. Esto, por ejemplo, resolvió la Sala con fecha 10 de mayo de 1993 en el amparo presentado por diversos particulares contra la Contraloría General de la República (expediente núm. 139-91).

No sorprende que la Corte Suprema haya concedido estos recursos —pese a no estar en funciones el TGC y tratarse de una norma inconstitucional—, condenando al demandante victorioso al “archivo” de sus aspiraciones, pues muchos de sus integrantes fueron designados por el Poder Ejecutivo.

El D.L. 25721 demuestra con creces la actitud autoritaria del gobierno. No bastaba con desactivar al TGC para evitar cualquier posible fiscalización jurisdiccional, sino además en aquellos casos en los cuales el Poder Judicial reconocía la existencia de lesiones a derechos fundamentales por parte del Estado y declaraba fundada la demanda, era suficiente con interponer un recurso de casación para suspender en forma indeterminada los efectos del fallo. Es decir, si los ciudadanos obtenían una sentencia estimatoria de amparo teniendo como demandado al Estado, aquel sólo requería interponer el respectivo recurso para evitar tal “molestia”.

## 2. Restricciones al proceso de habeas corpus

La estrategia antisubversiva se ha caracterizado por perseguir una mayor represión del terrorismo y porque sus alcances han restringido el empleo del *habeas corpus*. En términos generales, dicho delito está regulado por el decreto

ley 25475 (publicado el 6 de mayo), que establece penas muy severas, entre otras la cadena perpetua, y restringe algunos derechos y garantías consagrados en la legislación nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Posteriormente, el Decreto ley 25659 (publicado el 13 de agosto), configuró como delito de traición a la patria la comisión de determinados actos terroristas, precisando que en estos casos su juzgamiento corresponderá a los tribunales militares.

a) *La improcedencia del habeas corpus*

El artículo 6 del Decreto ley 25659, dispuso que en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal, procede utilizar el *habeas corpus* cuando se trate de personas detenidas, implicadas o procesadas por delito de terrorismo (decreto ley 25475), o por delito de traición a la patria (decreto ley 25659).

No puede discutirse la necesidad de una estrategia antisubversiva y de una legislación sobre terrorismo que permita una adecuada sanción a los culpables de este irracional delito. Sin embargo, no compartimos el criterio que la misma impida el empleo del *habeas corpus* cuando se lesione en forma manifiestamente arbitraria la libertad de las personas. Asumir lo contrario, importa restringir los derechos fundamentales abriendo la puerta para posibles excesos al carecer de una garantía eficaz que los proteja. Como en líneas posteriores se precisa, la ley 26248 modificó dicho dispositivo.

b) *Un trámite especial para el habeas corpus*

Luego del referéndum del 31 de octubre de 1993, dada la inminencia de la promulgación del nuevo texto constitucional y ante el intenso cuestionamiento por la vigencia de dispositivos que restringían el empleo de las garantías constitucionales, se expidió la ley 26248 publicada el 25 de noviembre de 1993 y vigente a partir del 26 del mismo mes, que modifica o deroga determinados dispositivos de la legislación sobre terrorismo y/o traición a la patria.

El artículo 2 de dicha ley, modificó el artículo 6 del Decreto ley 25659 que impedía el empleo de las acciones de garantía tratándose de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de traición a la patria y/o terrorismo, estableciendo un procedimiento especial para el trámite del *habeas corpus*, distinto al regulado por las leyes 23506 y 25398.

Entre otros aspectos, dispone que el órgano judicial competente será el juez penal especializado en terrorismo donde exista —no lo será cualquier juez—; exige la previa identificación de los terceros que interponen esta demanda en favor del detenido o procesado; no será admisible el *habeas corpus* sustentado en los mismos hechos objeto de un procedimiento en trámite o ya resuelto; no cabe recusación ni excusa de los magistrados o auxiliares de justicia, et- cétera.

A nuestro juicio, *no resulta razonable* regular un procedimiento especial para el proceso constitucional de *habeas corpus*, a cargo del juez especializado de terrorismo.

Ante la posible justificación de este trámite en la naturaleza especial del delito, debe precisarse que el proceso de *habeas corpus* no tiene fines penales, vale decir no trata de imponer una sanción por la comisión de un delito. Lo único que pretende es constatar judicialmente la amenaza o violación de la libertad individual, con independencia del delito cometido; en consecuencia, la naturaleza de este último no debe alterar su tramitación. De aceptarse la tesis que inspira a la ley, es decir que el ilícito penal exige un trámite distinto para el *habeas corpus*, también tendría que regularse un procedimiento especial de *habeas corpus* para el delito de narcotráfico, homicidio, violación, estafa, etcétera, lo cual sería manifiestamente absurdo.

En consecuencia, a partir de esta ley, habrán dos procedimientos de *habeas corpus*, el general u ordinario contemplado por la ley 23506 y sus reformas, y el especial previsto para el caso de los detenidos o implicados por los delitos de traición a la patria y terrorismo. Realmente no parece razonablemente justificado establecer un procedimiento *desigual* para la defensa de la libertad individual.

### 3. Restricciones al proceso de amparo

Este ha sido el proceso constitucional que más modificaciones ha sufrido. Aparte de la “nueva competencia” del TGC, se ha alterado el régimen procesal de la medida cautelar y se han creado diversas causales específicas de improcedencia. Esto encuentra su “explicación” porque el amparo no resulta grato para quienes precisamente quieren impedir el cuestionamiento de sus decisiones.

#### a) *La suspensión del acto o medida cautelar*

El Decreto ley 25433 (publicado el 17 de abril) modificó el artículo 31 de la ley 23506, referente a la suspensión del acto reclamado o medida cautelar.

Se trata de una institución destinada a paralizar o detener los actos lesivos a derechos fundamentales, pues de esperar a que ello suceda con la sentencia, el agravio podría tornarse irreparable. Dada la tradicional lentitud de los procesos judiciales, incluido el de amparo, es evidente la importancia de una medida suspensiva urgente y rápida, que al emitirse antes de dictar sentencia, pueda evitar posibles daños irreparables a los derechos de las personas.<sup>13</sup>

El indicado decreto restringió irrazonablemente la posibilidad de suspender rápidamente los actos lesivos a derechos fundamentales. En efecto, ha extendido de modo innecesario el trámite para su expedición, exigiendo previamente la audiencia al agresor, la intervención del Ministerio Público y, precisando que de ser otorgada, su ejecución sólo procederá luego de resuelta la respectiva apelación. Además, para impedir la creatividad y el razonamiento judicial que podría permitir dejar de lado dicha norma, ha dispuesto la destitución inmediata de los jueces o fiscales que incumplan lo señalado en el decreto.<sup>14</sup>

#### b) *La creación de causales de improcedencia*

Producto de los actos gubernamentales realizados a partir del 5 de abril, se comenzó a incluir en cada una de las normas que el gobierno reputaba necesario, una disposición especial que impedía el empleo del amparo para cuestionar los actos que a su sombra se cometían. Se trató de los casos siguientes:

1) Según el artículo 2 del Decreto ley 25454 (28 de abril) no procedía el amparo para impugnar la aplicación de los Decretos Leyes 25423, 25442 y 25446. El primero, dispuso el cese de 13 vocales de la Corte Suprema. El segundo, hacía lo mismo con otros dos vocales de dicha Corte. Finalmente, el Decreto ley 25446 cesó a 104 magistrados y 30 Fiscales; de otro lado, conformó una Comisión Evaluadora encargada de realizar un proceso de investigación y sanción de magistrados, secretarios de juzgado y testigos actuarios a nivel nacional.

2) El artículo 2 del Decreto ley 25473 (4 de mayo) precisó que a través del amparo no podía cuestionarse el cese de un Fiscal Supremo dispuesto por el Decreto ley 25471.

3) De acuerdo al artículo 1o. del Decreto ley 25496 (15 de mayo) no podía impugnar los efectos del Decreto ley 25492, que cesó a 17 magistrados.

<sup>13</sup> Cfr. nuestro trabajo “La medida cautelar en la acción de amparo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica*, Lima, 1990, pp. 373 y 374.

<sup>14</sup> Según el artículo 3 “Los jueces y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público quedan encargados del debido cumplimiento del presente Decreto Ley; caso contrario quedarán incurso en la comisión de falta grave que será sancionada con destitución inmediata; sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por la comisión del delito tipificado en el artículo 418 del Código Penal”.

4) El Decreto ley 25528 (6 de junio) impedía acudir al amparo para impugnar su aplicación (artículo 8). Aquel modificaba el régimen legal previsto para la importación de ciertos alimentos.

5) El Decreto ley 25529 (6 de junio) cesó a 24 magistrados señalando que no procede el amparo para cuestionar sus efectos (artículo 2).

6) El Decreto ley 25531 (6 de junio) cesó a 13 Registradores Públicos, precisando que no procede el amparo para impugnar su aplicación (artículo 2).

7) El Decreto ley 25536 (10 de junio) declaró en estado de reorganización la Oficina Nacional de los Registros Públicos, estableciendo que una Comisión Reorganizadora propondrá una nueva estructura orgánica, realizará una racionalización del personal, y además que el amparo no podrá ser utilizado para cuestionar tales actos (artículo 4).

8) El Decreto ley 25545 (15 de junio) dispuso la finalización de los contratos de explotación celebrados por PETROPERU S.A., una empresa del Estado, con los concesionarios de las estaciones de servicio y grifos de expendio de combustibles a ser vendidos dentro del proceso de privatización de empresas estatales. Su artículo 2 indicó que el amparo no procede para impugnar sus efectos.

9) El artículo 2 del Decreto ley 25560 (19 de junio) señaló que las acciones de amparo iniciadas antes de la vigencia del Decreto ley 25545, quedaban incluidas en dicho dispositivo.

10) El Decreto ley 25580 (26 de junio) dispuso que no procede el amparo para impugnar su aplicación (artículo 5). Aquel cesó a 7 magistrados y 176 Secretarios y Testigos Actuarios. Tampoco podían impugnarse las acciones de investigación de la Comisión Evaluadora establecida por Decreto ley 25446, así como las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema sobre separación de magistrados y miembros del Poder Judicial.

11) El Decreto ley 25640 (24 de julio) autorizó la realización de un proceso de racionalización del personal del disuelto Congreso de la República, señalando que no procede el amparo para cuestionar sus efectos (artículo 9).

12) El artículo 6 del Decreto ley 25659 (13 de agosto), dispuso que en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal procede el amparo en favor de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, y traición a la patria.

13) El Decreto ley 25700 (1o. de septiembre) prorrogó los contratos de arrendamiento de inmuebles ocupados por dependencias de la Policía Nacional, agregando que el amparo no procede para impugnar su aplicación (artículo 3).

14) Según el artículo 10 del Decreto ley 25967 (19 de diciembre), no cabe el amparo para impugnar los efectos de su aplicación. Dicho decreto modificó

la regulación existente para obtener el goce de pensiones de jubilación a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

15) El Decreto ley 25994 (25 de diciembre) autorizó a la Superintendencia Nacional de Aduanas a complementar el proceso de reorganización de personal y cesar a los servidores que no califiquen satisfactoriamente. Dispuso que frente a tales medidas no procede el amparo (artículo 4).

16) De acuerdo al Decreto ley 26090 (28 de diciembre), los adeudos de carácter laboral que tengan las empresas del Estado e instituciones públicas, derivadas de beneficios establecidos por contrato individual, por negociación colectiva o por decisión unilateral del empleador serán cancelados conforme a un cronograma anual de pagos. El artículo 3 de dicho decreto agregó que el amparo no procede por hecho alguno derivado de la aplicación de la citada norma.

17) Finalmente, el Decreto ley 26119 (30 de diciembre), en el marco del proceso de privatización, dispuso que todos los inmuebles de propiedad de PESCAPERU, una empresa del Estado, que no se encuentren bajo su posesión, serán entregados en el plazo de un mes a un Comité Especial, dejando sin efecto los contratos que concedieron a los poseedores dicho título. Además, señaló que en estos casos el amparo no procede (artículo 6).

Esta estrategia gubernamental de “crear causales de improcedencia”, limitó los alcances del amparo al establecer zonas exentas de control jurisdiccional. De tal modo, se afectaron expresas normas internacionales sobre derechos humanos que garantizan a toda persona el *derecho a un recurso efectivo* contra las decisiones gubernamentales que afecten su derechos fundamentales.<sup>15</sup> Asimismo, evidencia que la estrategia antisubversiva y la política económica del régimen requiere de un modelo que restrinja derechos y limite el empleo de las garantías necesarias para su protección.

La ley constitucional de 9 de enero de 1992 declaró la vigencia de la Carta de 1979 así como la de los decretos leyes en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático. Una declaración de tal naturaleza permitió la subsistencia de tales dispositivos pese a ser manifiestamente inconstitucionales, más aún si el Poder Judicial se negaba a inaplicarlos. La vigencia del nuevo texto constitucional (31 de diciembre de 1993) conduce a pensar que todos los decretos incompatibles han quedado derogados. Esto, a nuestro juicio, ha sucedido con aquellos que establecen puntuales causales de improcedencia y con el decreto que otorga una nueva competencia al Tribunal Constitucional.

<sup>15</sup> O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, CAJ, IIDH, 1988, p.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El título V del nuevo texto, denominado al igual que la Carta de 1979 “De las Garantías Constitucionales”, diseña el modelo de jurisdicción constitucional adoptado. Además, el artículo 138 regula el sistema difuso —inaplicación judicial de las normas al caso concreto—, en el capítulo sobre “Poder Judicial”. El nuevo modelo, mantiene las mismas garantías previstas por la Carta de 1979 —*habeas corpus*, amparo, acción de inconstitucionalidad, acción popular—, aunque con algunas modificaciones. Incluye, además, tres nuevos instrumentos procesales: el *habeas data*, la acción de cumplimiento y los conflictos de competencia o atribuciones. Asimismo, luego de varios anuncios de desaparición optaron por mantener un Tribunal Constitucional.

#### 1. *Los anteproyectos iniciales: graves omisiones*

El debate sobre la regulación de las garantías se efectuó sobre la base de la propuesta formulada por la agrupación oficialista “Nueva Mayoría Cambio 90”, que contemplaba las mismas garantías contenidas en la Carta de 1979 y agregaba la acción de *habeas data* y la acción de cumplimiento. Consideraba también que el recurso de casación ante la Corte Suprema era una nueva garantía —propuesta rechazada durante el debate—, y eliminaba al Tribunal Constitucional otorgándole sus atribuciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Esta propuesta, publicada el 20 de enero de 1993, fue debatida en la Comisión de Constitución (42° y 43° sesiones, el 12 y 13 de abril de 1993, respectivamente), efectuándose algunas modificaciones. El “Movimiento Democrático de Izquierda”, por su parte, presentó un proyecto alternativo elaborado sobre la base del texto efectuado por el Centro de Estudios Constitucionales de Lima. Este proyecto incluía un Tribunal Constitucional.

##### a) *La anunciada eliminación del Tribunal Constitucional*

A partir de la segunda década del presente siglo, la opción por contar con un órgano especializado encargado de velar por el respeto de la Constitución —denominado Tribunal Constitucional—, ha ido paulatinamente esparciéndose no sólo en Europa, sino también recientemente en algunos países de América Latina. Esto ha sucedido en Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia y recientemente en Bolivia. En el Perú, tal influencia se expresó en la Carta de 1979.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Brewer-Carías, Allan, “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (estudio de derecho comparado)”, en el *Libro homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, t. II, p. 706 y ss.

Si bien el balance de su funcionamiento no ha sido favorable, tampoco lo ha sido la actuación del Poder Judicial, el Parlamento u otras instituciones del Estado; sin embargo, respecto a ellos nunca se propuso su eliminación sino precisamente su reforma.

Abierto el proceso constituyente, la mayoría optó por eliminar al TGC y otorgarle sus competencias a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que forma parte del Poder Judicial (como sucede en Costa Rica, El Salvador y Paraguay), y cuyos magistrados se encuentran sujetos a ratificaciones cada siete años (artículo 154, inciso 2). Nunca nos pareció una solución adecuada y felizmente se optó por mantener un Tribunal Constitucional.<sup>17</sup> Diversas razones fundamentan nuestra opinión.

1) Durante nuestra historia republicana el Poder Judicial se ha caracterizado por su marcada dependencia del poder político y un escaso desarrollo jurisprudencial que no ha permitido un eficaz control de la Constitución. Uno de los motivos que condujo a la incorporación del TGC en la Carta de 1979 fue precisamente la desconfianza hacia el Poder Judicial. La propuesta de otorgar parte de las atribuciones de un Tribunal Constitucional a la Corte Suprema, no sólo olvida las razones que condujeron a la aparición del TGC entre nosotros, sino además, podría llegar a restringir el control constitucional en la medida que se entrega a un poder que históricamente no ha sido independiente.

2) Suprimir al TGC y sustituirlo por el Poder Judicial podría eventualmente originar serios conflictos. De ser así, ¿quién controlaría los actos inconstitucionales cometidos por el Poder Judicial? Si se elimina el TGC, la Corte Suprema sería el único órgano que examinaría la validez constitucional de sus actos. Debe tomarse en cuenta que en el Perú, la mayor parte de acciones de amparo (60% aproximadamente) se han presentado contra resoluciones judiciales,<sup>18</sup> ¿acaso se podría pensar en una verdadera independencia si el mismo Poder Judicial actúa como juez y parte? Además, podrían generarse roces o conflictos entre la Sala Constitucional y las restantes Salas de la Corte Suprema pues sus decisiones eventualmente podrían ser revisadas por la primera, convirtiéndola en una especie de supersala.

<sup>17</sup> Sostenemos ello, aunque reconocemos que “la creación de un tribunal *ad hoc* para conocer de las cuestiones de constitucionalidad no está suficientemente justificada desde el punto de vista técnico-jurídico en el pensamiento kelseniano” (Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985, p. 55). En este sentido, otros autores consideran que la experiencia europea del control constitucional es “el resultado de una opción política expresamente adoptada en determinados procesos constituyentes” (Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 34).

<sup>18</sup> Abad Yupanqui, Samuel B., “¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 2, Lima, CAJ, 1988, p. 35.

3) La actuación y concepción del derecho que caracteriza al juez es distinta a la del magistrado constitucional. El primero, por lo general, evidencia un excesivo y tradicional apego al texto de la ley (legalismo), mientras el segundo trata de priorizar la Constitución y el conjunto de valores que la inspiran. Las normas constitucionales “por su generalidad y alto contenido axiológico, requieren de una comprensión muy particular, que no poseen normalmente, los jueces ordinarios”.<sup>19</sup> La experiencia de los países que cuentan con Tribunales Constitucionales demuestra cómo sus magistrados, a través de su jurisprudencia, han permitido un avance sustantivo respecto al contenido y alcances de las instituciones, *recreando* los formalistas criterios esgrimidos por el Poder Judicial.

4) Asimismo, el *status* del magistrado constitucional es diferente del que caracteriza al juez común. En efecto, el primero debe ser un funcionario nombrado por un determinado período, que no debe ser reelegido inmediatamente, en otras palabras, un magistrado que no trata de hacer carrera judicial y no cuenta, por ende, ni con una vocación de permanencia en el cargo ni con las limitaciones que ello conlleva.

#### b) *La supresión del control difuso*

Las dos versiones iniciales del anteproyecto mantenían el artículo 236 de la Carta de 1979 según el cual “en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. La tercera versión dada a publicidad, debido a un apresurado y desacertado recorte, eliminó de su articulado una norma de tal naturaleza, volviendo al esquema de la Carta de 1933 que tampoco la contemplaba.

De esta manera, se ignoraban las razones que en 1979 condujeron a elevar a rango constitucional la referida norma que, durante la vigencia de la Carta de 1933, estuvo contenida en el título preliminar del Código Civil de 1936. En efecto, cabe recordar que la interpretación de la Corte Suprema restringió sus alcances, limitando su aplicación a la materia civil.<sup>20</sup> Por ello, resulta

<sup>19</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 12.

<sup>20</sup> Nos referimos al *habeas corpus* presentado a favor de José Luis Bustamante y Rivero contra la disposición gubernativa que le impedía reingresar al país, dictada en aplicación de la Ley 11049 de Seguridad Interior de la República. En tal ocasión, la Corte Suprema en su resolución de 7 de enero de 1956, sostuvo “que el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil [...]; para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución” (García Belaúnde, Domingo, *El habeas corpus interpretado*, Lima, PUC, 1971, p. 171.)

positivo que la nueva Carta haya mantenido el artículo 236 de la Constitución vigente. De lo contrario, hubiera sido posible que la ley reguladora niegue la posibilidad de este control judicial o, en todo caso, decida limitarlo.

## 2. El modelo adoptado por el texto de 1993

### a) *Tribunal Constitucional*

La nueva Carta caracteriza al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, integrado por siete miembros elegidos por cinco años, y que no pueden ser reelegidos. Los magistrados gozan de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades que los congresistas. El Congreso (unicameral) los designa con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.

#### i) *Designación de magistrados*

Uno de los más serios cuestionamientos efectuados al TGC fue precisamente respecto al sistema de nombramiento de magistrados. Por lo general, las designaciones no recayeron en las personas más idóneas y se hicieron con base en criterios político partidarios. Ello restó independencia al TGC y dificultó que adquiriera legitimidad social.

La Carta de 1993 dispone que los siete integrantes del Tribunal Constitucional serán elegidos por el Congreso con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros (artículo 201). En teoría este sistema reviste de legitimidad democrática al Tribunal pues la selección recae en un órgano de elección popular; sin embargo, la realidad podría conducir a situaciones en las que prime un espíritu político partidario en la designación. De ahí que no resulte extraño que éste haya sido uno de los aspectos más cuestionados. Con esto, por cierto, no se trata de erradicar la política del Tribunal pues compartimos la opinión de aquellos que no conciben a este órgano como un ente “purista y asexuado”,<sup>21</sup> sino de evitar que sus miembros sean simples integrantes de un partido o agrupación política que subordinen el control constitucional a las decisiones de aquél.

Y es que los sistemas que otorgan una activa participación al Congreso corren el riesgo de politizar —en el sentido partidario del término— la designación de los magistrados. Incluso, de no contarse con la mayoría exigida podría presentarse la figura del “cupó” o “cuota” entre aquellos partidos que tienen una mayoría relativa —que designarían cinco miembros, por ejemplo—

<sup>21</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, p. 19.

y aquellos que no la tienen —que nombrarían los restantes—, práctica que en otros países ha sido criticada.

En Alemania, por ejemplo, donde el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional recae en el *Bundestag* y el *Bundesrat*, algunos cuestionan el sistema por la práctica utilizada que conduce a una importante presencia de ingredientes políticos en la designación. “En la crítica dirigida contra él coinciden ampliamente los pocos medios de comunicación que se han interesado y la casi totalidad de la doctrina”.<sup>22</sup> Diversos argumentos sustentan tales cuestionamientos. En primer lugar, la “evidente reducción de la elección de candidatos al círculo de miembros de los partidos o a sus simpatizantes”; y en segundo lugar, que “la jurisprudencia constitucional a la larga tiene que aparecer como la continuación de la política por otros medios”.<sup>23</sup> Todo ello ha conducido a la presentación de diversas propuestas tendentes a corregir tal situación.

Entre nosotros, el nombramiento recaería en el actual CCD con una mayoría oficialista, que no ha sido precisamente celosa de respetar la Constitución, y que permanecerá en funciones hasta julio de 1995. Esto podría “facilitar” que la mayoría designe a los magistrados de su preferencia. De suceder ello, no se estaría contribuyendo a contar con un órgano sinceramente independiente.<sup>24</sup> Por lo demás, esta situación recrudece si se toma en cuenta que el proyecto de ley orgánica aprobado por la Comisión de Constitución del CCD y pendiente de debate en el Pleno, exige seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de una ley. En consecuencia, bastará designar a dos magistrados fieles al régimen para evitar cualquier declaración de inconstitucionalidad.

## ii) *¿Intérprete supremo?*

La falta de unidad interpretativa ha sido uno de los problemas que con frecuencia ha presentado el funcionamiento del modelo de jurisdicción constitucional. No ha sido extraño, que ante un pronunciamiento efectuado por el TGC el Poder Judicial haya esgrimido un criterio distinto. Esto sucedió, por ejemplo, cuando la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima en el proceso de amparo iniciado por la Cámara Peruana de Construcción (CAPECO) contra la aplicación de la Ley 25202 (expediente núm. 154890) declaró fundada la demanda, sin respetar el criterio interpretativo del TGC contenido

22 Geck, Wilhelm Karl, “Nombramiento y *status* de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, núm. 22, 1988, p. 185.

23 *Idem*, pp. 188-190.

24 En efecto, en la actualidad, si a los 44 representantes de la oficialista “Nueva Mayoría Cambio 90” se agregan los votos de agrupaciones afines como “Renovación” (6), Frepap (2), y el de congresistas disidentes de otros partidos (2 del FIM), se contaría con 54 votos que corresponden a los dos tercios del número de miembros del CCD (80). Cabe anotar que la nueva Carta dispone que el Congreso unicameral estará integrado por 120 miembros (artículo 90), lo que sucederá en la próximas elecciones parlamentarias.

en la sentencia desestimatoria recaída en la acción de inconstitucionalidad iniciada contra la indicada ley.<sup>25</sup>

Hubiera sido conveniente que se definiera al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, lo cual constituye una característica esencial de esta clase de tribunales. Ello no significa que sea su único intérprete, sino que reconociendo la competencia de los demás órganos para hacerlo —por ejemplo el Poder Judicial o el Legislativo—, la interpretación que el Tribunal acoja es la que ha de primar sobre los restantes órganos constitucionales.<sup>26</sup> La nueva Constitución, al obviar tal declaración, admite la permanencia de los conflictos que en la práctica ya se han suscitado.<sup>27</sup>

El primer proyecto de ley orgánica, inspirándose en la legislación española, dispuso que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. Esto motivó intensos debates en la Comisión de Constitución del CCD, pues se pensó que significaba restar atribuciones al Poder Legislativo que es el órgano competente para ello y que incluso puede modificar la Constitución. De ahí que la Comisión de Constitución haya optado por eliminar dicho agregado. Todo esto demuestra un profundo desconocimiento de la naturaleza del Tribunal Constitucional.

#### b) *Reforma a los procesos constitucionales ya existentes*

##### i) *habeas corpus*

Según el inciso 1o. del artículo 200 procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o “los derechos constitucionales conexos”. La novedad más importante es haber introducido una norma, inspirada en la experiencia argentina<sup>28</sup> y en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>29</sup> que permite que durante los estados de excepción —estado de emer-

25 La afirmación de Francisco Fernández Segado, para quién “es claro que el Tribunal en cuanto órgano de control de la Constitución, debe ser el supremo intérprete de la misma” (*op. cit.*, p. 15), que a nuestro juicio resultaba plenamente válida, no fue respetada por el Poder Judicial ni aceptada fácilmente.

26 Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y División de Poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 71.

27 Durante el debate constitucional, Carlos Ferrero Costa (Nueva Mayoría-Cambio 90), afirmó que a su juicio el Tribunal Constitucional era el supremo intérprete de la Constitución (Comisión de Constitución, 43ª Sesión, 13 abril de 1993). Esta posición fue cuestionada por Enrique Chirinos Soto (Renovación) para quien “el intérprete supremo de la Constitución es el Congreso”. Como se aprecia la ausencia de conocimiento respecto a la posición constitucional del TC por parte de este último congresista —cuya opinión fue muy tomada en cuenta— era más que notoria.

28 Cfr. Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. 207; Sagues, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Habeas corpus*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 233 y ss.

29 Nos referimos a las Opiniones Consultivas OC8/87 del 30 de enero de 1987 (El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías) y OC9/87 del 6 de octubre de 1987 (Garantías judiciales en estados de emergencia).

gencia y de sitio— puedan utilizarse los procesos de *habeas corpus* y amparo, respecto a los derechos objeto de suspensión, a fin de verificar la *razonabilidad* y *proporcionalidad* de la restricción operada (artículo 200, párrafo final).

En efecto, los excesos y arbitrariedades experimentados a lo largo de la vigencia de los regímenes de excepción aconsejaban adoptar normas constitucionales que los eviten. Y es que si bien, en determinadas circunstancias cabe decretar un estado de excepción, las personas deben contar con la posibilidad judicial de proteger sus derechos frente a los abusos y arbitrariedades a través del *habeas corpus* y del amparo. Más aún, si en el Perú el teórico carácter excepcional de los estados de emergencia se ha convertido en una situación no sólo frecuente, sino hasta normal y cotidiana.<sup>30</sup> Esta disposición constitucional, que contó con un antecedente en la ley 25398 (febrero de 1992), trata de dejar de lado aquella norma contenida en el artículo 38 de la ley 23506 según la cual no procedía el *habeas corpus* y el amparo durante la vigencia de una régimen de excepción.<sup>31</sup> Cabe recordar que la interpretación jurisprudencial predominante de este dispositivo, impidió la revisión judicial de los actos realizados durante la vigencia de un régimen de excepción vinculados a los derechos suspendidos, dejando indefensas en estos casos a las personas frente a frecuentes excesos o arbitrariedades.<sup>32</sup>

La Carta de 1993 admite este tipo de control —razonabilidad y proporcionalidad— adoptando lo dispuesto por las normas internacionales sobre derechos humanos, aunque sólo alude al *habeas corpus* y al amparo, olvidando referirse al *habeas data* que al proteger derechos fundamentales también debió ser considerado. Cabe por cierto anotar que la introducción de este dispositivo no fue pacífica, pues algunos congresistas se opusieron intensamente a ello alegando que eliminaba la existencia de un estado de excepción. Felizmente tal oposición pudo ser doblegada.

Asimismo, se ha introducido la expresión derechos conexos a la libertad individual. Este párrafo, propuesto por Enrique Chirinos Soto, fue adoptado en la Comisión de Constitución, y ha tratado de ampliar los derechos objeto de protección a través del *habeas corpus*. Así por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad de domicilio tutelado por el amparo según la ley 23506 (artículo 24, inciso 1) podría con esta modificación ser defendido por el *habeas corpus*.

30 Eguiguren Praeli, Francisco, *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, CAJ, 1990, p. 113.

31 Para Héctor Fix-Zamudio, dicha disposición de la Ley 23506 “es limitativa de la protección que en forma tan amplia regula en otros de sus preceptos”. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985, p. 290.

32 Eguiguren Praeli, Francisco, “El estado de emergencia y sus aplicación en la experiencia constitucional peruana 1980-1988”, en el libro colectivo *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 275 y ss.

No nos parece necesario tal agregado pues esto bien pudo ser precisado por la respectiva ley reguladora. Así, por ejemplo, lo hace el artículo 12 de la Ley 23506, sobre *habeas corpus* y amparo, cuando precisa los supuestos en los cuales cabe acudir al proceso de *habeas corpus* y que por cierto no se restringen a tutelar la libertad física de las personas.

ii) *Amparo*

De acuerdo al artículo 200, inciso 2, la acción de amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

No resulta conveniente que desde el plano constitucional se impida el empleo del amparo frente a normas legales. Esto debió estar sujeto a una opción legislativa y no a una petrificación constitucional.

En efecto, existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata —conocidas en doctrina como “normas autoaplicativas”—,<sup>33</sup> que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales. En estos casos, creemos, debió ser posible utilizar directamente el amparo. Así por ejemplo, en Europa,<sup>34</sup> el derecho alemán lo admite, y en América Latina tanto la experiencia mexicana como la costarricense lo habilitan en tales supuestos.

De otro lado, una interpretación que armonice este inciso con el que reconoce el control difuso (artículo 138), permite afirmar que si bien no procede el amparo contra normas legales, sí cabe frente a los actos de aplicación de tales normas en la medida que sean inconstitucionales.<sup>35</sup>

La norma constitucional al disponer que el amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular reitera lo señalado por el artículo 6, inciso 2 de la ley 23506, sobre *habeas corpus* y amparo. En consecuencia, consideramos que puede asumirse la expresión procedimiento regular como aquel en el cual se han respetado las pautas esenciales de un debido proceso, y por tanto si ellas de modo manifiesto no se respetan no habría impedimento para acudir al amparo.<sup>36</sup>

33 Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 27ª ed., México, Porrúa, 1990, p. 223.

34 Para Cruz Villalón, Pedro, la divisa en España debe ser “menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador”, *Los procesos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, p. 117.

35 Así lo entendió la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema (expediente núm. 905-93, Lambayeque), de 17 de enero de 1994, al declarar fundada la demanda de amparo interpuesta contra el Banco de la Nación —sucursal de Chiclayo—, disponiendo la inaplicación por inconstitucional del artículo 292 de la Ley núm. 25303 al accionante (*El Peruano*, Separata de Jurisprudencia, 28-03-94, p. 1742).

36 El tema no obstante, no deja de ser polémico. *Cfr.* Díez-Picazo, Luis María, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, Madrid, CEC, 1994, p. 12.

Por lo demás, resultaría contradictorio entender que pese a que la nueva Carta reconoce determinados derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso judicial —debido proceso o derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139 inciso 3)—, impide su protección a través del amparo. Estos derechos se ejercen —y vulneran también— en un proceso judicial, con lo cual al impedir el amparo ante una lesión manifiesta, no gozarían de una garantía constitucional que los proteja.<sup>37</sup> En todo caso, creemos que resultaba innecesario incluir esta expresión en el texto constitucional pues ella ya había sido prevista por la ley 23506.

Además, se establecen zonas exentas de control judicial, asumiendo en el plano constitucional que determinados actos constituyen “causas no justificables”, doctrina que en la actualidad se encuentra en franco retroceso. En efecto, según el artículo 142 “no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”.

La experiencia de la aplicación de la décimo tercera disposición transitoria de la Constitución de 1979 evidenció notorios excesos respecto de la ratificación de magistrados, que pudieron ser subsanados a través del proceso de amparo.<sup>38</sup> La norma actual impide tales cuestionamientos. Esto no nos parece adecuado pues no concebimos un sistema al que le sea ajeno la búsqueda de limitar y controlar El poder. En efecto, “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución”, no siendo concebible “la Constitución como norma, [...], si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo”.<sup>39</sup> La norma constitucional se aparta de la idea de judicializar estos actos.

Se reduce también el campo de aplicación del amparo en relación a lo dispuesto por la Constitución de 1979. En efecto, el nuevo texto al incluir al *habeas data* —como veremos, con una versión exageradamente amplia— y disponer que protege los derechos reconocidos por el artículo 2, incisos 5, 6

<sup>37</sup> Así lo entendió una reciente sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema que declaró fundada una demanda de amparo contra una resolución judicial, pues ella había desconocido el derecho al debido proceso (principio de la cosa juzgada). Se trató del expediente núm. 54-94 resuelto el 18 de julio de 1994.

<sup>38</sup> Así por ejemplo, en el caso “Lino Roncalla Valdivia c/ Sala Plena de la Corte Suprema”, la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema declaró fundada la demanda de amparo pues consideró “que el proceso de ratificación de un magistrado, [...] debe efectuarse con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso” (*El Peruano* 12-02-89, p. 6). Una decisión de esta naturaleza, con la nueva normatividad constitucional no volvería a repetirse.

<sup>39</sup> Aragón Reyes, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, núm. 19, 1987, pp. 17 y 36.

y 7, reduce el área de protección correspondiente al amparo, que por tanto ya no resguardará tales derechos.

Finalmente, al haberse eliminado el artículo 3 del texto constitucional de 1979, que reconocía titularidad en materia de derechos fundamentales a las personas jurídicas,<sup>40</sup> se plantea la interrogante respecto a si tales sujetos se encontrarían legitimados para interponer una demanda de amparo.

Algunos podrían interpretar que a partir de la vigencia de la nueva Constitución las personas jurídicas no pueden interponerlo pues carecen de derechos fundamentales, aunque sí estarían legitimadas las personas naturales que la conforman. No obstante, creemos, que la propia Constitución reconoce en puntuales dispositivos derechos a las personas jurídicas. Esto, por ejemplo, sucede cuando se refiere a la imposibilidad de disolución administrativa de las asociaciones (artículo 2, inciso 13) o a la autonomía universitaria (artículo 18).<sup>41</sup> Además, nada impide que la ley reguladora establezca que las personas jurídicas pueden interponer una demanda de amparo en favor de las personas que la integran vía la llamada *legitimación por sustitución*, por ejemplo, un sindicato que interviene en defensa de los derechos laborales de sus integrantes.<sup>42</sup>

No cabe duda que a lo largo de los últimos años se han presentado notables *abusos en el ejercicio del proceso de amparo*. Sin embargo, a nuestro juicio, la alternativa no consiste en restringirlo en el plano constitucional. Este problema debió, más bien, ser abordado fundamentalmente por la ley reguladora, la cual ha de contemplar con precisión en qué casos debe proceder.

### iii) *Acción de inconstitucionalidad y acción popular*

En esta materia, resulta positivo que el inciso 4 del artículo 219 amplíe las normas susceptibles de control, pues ella procedería contra las leyes, decretos legislativos, ordenanzas municipales, decretos de urgencia, tratados y convenios internacionales y reglamentos de Congreso. Lo mismo puede afirmarse respecto al incremento de los sujetos que pueden interponerla (artículo

<sup>40</sup> En España, por ejemplo, la legislación y la jurisprudencia guiaron los alcances de esta problemática. Cfr. Cruz Villalón, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 73 y ss.

<sup>41</sup> Si bien la configuración de la autonomía no deja de ser polémica en el derecho comparado (Cfr. Fernández, Tomás-Ramón, *La autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid, Civitas, 1982; Borja López-Jurado, Francisco de, *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991); en el Perú su naturaleza de derecho constitucional ha sido aceptada pacíficamente.

<sup>42</sup> Según José Díaz Lema, “una cosa es la legitimación para recurrir, y otra distinta la titularidad de un derecho. Lo normal es que coincidan, pero no es infrecuente que las normas procesales otorguen legitimación para defender un derecho ajeno, la llamada legitimación por sustitución”. (“¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, *Revista Jurídica de Castilla*, La Mancha, núm. 6, 1989, p. 178.)

222). En efecto, se dispone que pueden hacerlo: el presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, si la norma es una ordenanza municipal, el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; los presidentes de región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; y los colegios profesionales, en materias de su especialidad. Esto, por cierto, trata de contribuir a facilitar el acceso al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la discusión surge al regularse los efectos de las sentencias, pues si bien se corrige el error de la Carta de 1979 que requería el “permiso” del Congreso para dictar una ley que derogue la norma declarada inconstitucional, todavía se mantiene lo dispuesto por el citado texto respecto a los efectos irretroactivos de las sentencias estimatorias siguiendo la experiencia kelseniana.<sup>43</sup> En efecto, el artículo 204 dispone que la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

En nuestra opinión, hubiera sido preferible admitir que en ciertos supuestos cabe reconocer efectos retroactivos a las sentencias, tal como por ejemplo sucede en el sistema austriaco.<sup>44</sup> Una opción absoluta no resulta lo más conveniente.

Respecto a la acción popular, resulta conveniente haberla mantenido en tanto proceso dirigido a cuestionar normas de carácter general de jerarquía inferior a la ley que contravengan ya sea la Constitución o las leyes.<sup>45</sup> De esta manera, el artículo 200, inciso 5, dispone que ella procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

<sup>43</sup> Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 487.

<sup>44</sup> Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1986, núm. 17, p. 65.

<sup>45</sup> Cfr. Danos Ordoñez, Jorge, “La garantía constitucional de la acción popular”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 4, Lima, CAJ, 1990, p. 151 y ss.

c) *Los nuevos procesos constitucionales*

i) *Acción de cumplimiento*

El inciso 6 del artículo 200 dispone que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Este dispositivo parece haberse inspirado en el artículo 87 de la Constitución colombiana (1991), según el cual “Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

En realidad, esta acción de cumplimiento, en la versión de la Carta de 1993 como en la de su probable antecedente colombiano, se encuentra muy cercana al *writ of mandamus* norteamericano. En efecto, como señala Fix-Zamudio aquel “implica la solicitud ante un tribunal para que expida un mandamiento que ordene a una autoridad que cumpla con las atribuciones que le confieren disposiciones legales”.<sup>46</sup> Este *writ*, agrega el citado autor ha tenido una influencia apreciable en los países latinoamericanos, por ejemplo en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas.<sup>47</sup>

Asumiendo, entonces, que la acción de cumplimiento sería una especie de *mandamus*, tratándose de la ejecución de actos administrativos que afecten derechos constitucionales no resulta tan necesaria su plasmación en tanto institución autónoma, distinta a las restantes garantías existentes. En este caso, el amparo bien pudo encargarse de tal cometido. Incluso este último proceso ya fue utilizado para obtener el cumplimiento de actos similares cuyo desconocimiento lesionaba derechos fundamentales.<sup>48</sup> Además, ha de recordarse que los actos administrativos gozan del privilegio de ejecutoriedad que autoriza a la administración a “obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos”.<sup>49</sup> Es decir, en rigor, no resulta indispensable un instrumento procesal específico para ello.

<sup>46</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, p. 90.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 93.

<sup>48</sup> Así por ejemplo, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (ediente número 1768-83) declaró fundado el amparo interpuesto por Carlos Ayllón Mattos contra el Concejo Distrital del Rímac, debido a que la autoridad emplazada no cumplía con reponer al trabajador pese a existir una resolución administrativa del Consejo Nacional del Servicio Civil que así lo ordenaba. Casos similares fueron resueltos favorablemente por la Corte Suprema de Justicia (Expedientes núm. 1735-84 y núm. 895-86). *Cfr. Tribunal Nacional del Servicio Civil*, “Jurisprudencia Administrativa”, Lima, Cultural Cuzco, 1991, pp. 271 y 279-281.

<sup>49</sup> Dromi, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, p. 143.

En todo caso, puede resultar atractivo acudir a este proceso para obtener el cumplimiento de normas legales —siempre que no medie lesión a un derecho fundamental pues ahí bastaría con el amparo—, por ejemplo, para exigir a la autoridad competente que dicte el reglamento de una ley que impide su pronta ejecución. En estos casos, la situación puede complicarse ante la renuencia de la autoridad a expedir la norma correspondiente, pues se discute si el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional cuenta con competencia para hacerlo. Y es que el tema de las omisiones y su fiscalización judicial resulta bastante polémico en situaciones en las cuales el órgano jurisdiccional tendría que suplir el vacío o la laguna existente. En estos casos, el empleo de la analogía podría resultar un elemento de apoyo que en modo alguno resuelve todos los problemas, pues la discusión continúa en aquellos supuestos en los que la judicatura tenga que crear derecho nuevo para suplirlo.<sup>50</sup>

La ley 26301 trata de regular este proceso, pero lo hace de modo limitado pues lo único que dispone es que el órgano judicial competente será el juez civil, precisa la aplicación supletoria del procedimiento de amparo, y establece como exigencia previa para acudir a este proceso el requerimiento por conducto notarial a la autoridad cuestionada. No se plantea la necesidad de precisar los efectos de la sentencia ni los problemas que surgen ante la posibilidad de suplir vacíos que signifiquen la creación de derecho nuevo. De ahí se trate de una norma todavía incompleta.

#### ii) *habeas data*

Los notables avances de la informática en la vida contemporánea plantean nuevos retos para la tutela de los derechos fundamentales. En tal sentido, derechos tales como la intimidad, el honor o la dignidad de las personas, pueden verse afectados por el registro y uso indebido de la información contenida en *bancos de datos*, que de carecer de protección adecuada puede conducir a que las personas sufran perjuicios serios e irreparables.

Es por ello, que tanto en la doctrina, legislación comparada como en la jurisprudencia surge la necesidad de proteger los datos personales. Se habla, incluso, de la aparición de un *nuevo* derecho fundamental, propio de la tercera generación, al que Enrique Pérez Luño denomina *libertad informática* y que el Tribunal Constitucional alemán califica como derecho a la autodeterminación informativa.<sup>51</sup> El referido derecho, que para un importante sector de la

<sup>50</sup> Aumada Ruiz, María Angeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, CEC, núm. 8, 1991, pp. 169 y ss; Figueroelo Burrieza, Angela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional”, en el libro *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, t. II, pp. 494 y ss.

<sup>51</sup> Lucas Murillo, Pablo, “El derecho a la autodeterminación informativa”, Madrid, Tecnos, 1990.

doctrina goza de autonomía, “tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para *conocer y acceder* a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos; *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión”.<sup>52</sup>

Inclusive, se ha llegado a determinar el alcance e intensidad de la protección concedida de acuerdo con la naturaleza de los datos en cuestión, diferenciándolos en muy sensibles, sensibles o neutros. Por cierto, la jurisprudencia alemana prefiere caracterizar la sensibilidad “no por relación al dato mismo, sino a la vista del contexto y de las finalidades perseguidas”.<sup>53</sup>

Ante la necesidad de contar con una regulación que enfrente estos problemas, distintos países europeos a partir de 1970 van elaborando una legislación específica —el primer texto de protección de datos correspondió al *Land* de Hesse (Alemania, 1970)—, que en el plano internacional culmina con la elaboración del “Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal” de 28 de enero de 1981. Incluso, en algunos países cuenta con reconocimiento constitucional, tal como sucede en la Carta portuguesa de 1976 (artículo 75) y el texto español de 1978 (artículo 18.4). Del mismo modo, fuera de Europa, en Estados Unidos, la *Privacy Act* de 31 de diciembre de 1974 trata de contemplar garantías para ello.

En América Latina, destaca la experiencia brasileña (artículo 5 LXII, Constitución de 1988), colombiana (artículo 15, Constitución de 1991), paraguaya (artículo 135, Constitución de 1992), así como los avances de algunas Constituciones provinciales argentinas. Esto último sucede, tratándose de la Provincia de la Rioja (artículo 30, Constitución de 1986), San Juan (artículo 26, Constitución de 1986), Córdoba (artículo 50, Constitución de 1987) y Río Negro (artículo 20, Constitución de 1988).<sup>54</sup> La reciente reforma constitucional argentina, eleva a nivel constitucional al amparo configurando una modalidad del mismo destinada a proteger a las personas contra los abusos del poder informático (artículo 42).

Ahora bien, es preciso diferenciar el derecho fundamental susceptible de ser vulnerado o amenazado por el uso indebido del *poder informático*, del

52 Pérez Luño, Antonio Enrique, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Losano Mario, Antonio E. Pérez Luño y Ma. Fernanda Guerrero Mateus, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, CEC, 1989, p. 140.

53 Castells Arteché, José Manuel, “La limitación informática”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, p. 924.

54 Correa, Carlos, “Evolución reciente del derecho informático en América Latina”, *La Ley*, Buenos Aires, 6 de febrero de 1991, p. 3.

instrumento procesal que lo garantiza. En efecto, el *habeas data*, como figura procesal muy urgente destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo aunque “con finalidades específicas”.<sup>55</sup> A través de él, en consecuencia, se puede tutelar el derecho a la libertad informática, para acceder a la información que sobre una persona o sus bienes se encuentra contenida en los bancos de datos, así como conocer el uso que se haga de ella y su finalidad. Asimismo, podrá solicitarse la actualización, rectificación o destrucción de los datos o informaciones inexactos, erróneos o que afectan ilegítimamente sus derechos.

La vía procesal especializada o *habeas data* introducida por Brasil y Paraguay, no constituye la única garantía de este derecho; así por ejemplo, en otros países como Colombia la *acción de tutela* o amparo cumple dicha función, lo mismo sucede en Argentina. Además, otros ordenamientos jurídicos contemplan diversas instituciones destinadas a garantizar este derecho. Como indica Pérez Luño, esto puede suceder: a) planteando la demanda directamente ante los tribunales de justicia (*Privacy Act* de Estados Unidos); b) ante un organismo administrativo (Suecia, Dinamarca); y c) por un órgano independiente —previsto por la mayoría de las legislaciones—, ya sea elegido por la Corona (Noruega, Luxemburgo), por el Parlamento (Alemania, Canadá), o a través de un procedimiento en el que lo elige el Congreso ante la propuesta de otros órganos (Austria).<sup>56</sup> Es decir, puede afirmarse que si bien se avanza al reconocer el derecho a la libertad informática, la inclusión de un proceso específico de *habeas data* no resulta indispensable pues bien pueden contemplarse otras vías o instituciones encargadas de su protección.

La nueva Constitución (artículo 200, inciso 3) introduce al *habeas data* como instrumento procesal que protege los siguientes derechos fundamentales: a solicitar la información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública (artículo 2, inciso 5); a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad de las personas (artículo 2, inciso 6); al honor, la buena reputación, la intimidad, la voz, la imagen, y la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes difundidas por los medios de comunicación (artículo 2 inciso 7). De esta manera, se introduce un *habeas data* exageradamente amplio, distinto al modelo clásico que lo circunscribe a la protección frente a los abusos del poder informático y, en consecuencia, a la tutela del *derecho a la libertad informática*.

55 Sagués, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 654 y 655.

56 Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 370 y 371.

En rigor, entonces, resultaba *innecesaria* su incorporación en la nueva Constitución, pues para proteger este derecho bastaba con regular adecuadamente al proceso de amparo. En segundo lugar, ha sido introducido de modo *exageradamente* amplio lo que demuestra un evidente desconocimiento del alcance de esta figura. Así por ejemplo, no tiene sentido que el derecho de rectificación de informaciones inexactas o agraviantes, a que se refiere el inciso 7 del artículo 2 del texto constitucional, sea tutelado por el *habeas data*.

Por cierto, ha despertado sospechas fundamentalmente en los medios de comunicación, la posibilidad de utilizarlo como instrumento de censura o en todo caso molestia para la libertad de expresión. Ante esto podemos indicar que la amplitud de la figura puede en la práctica facilitar que se cometan excesos, frente a los cuales habría que priorizar en la interpretación el inciso 4 del artículo 2 del nuevo texto —copiado de la Carta de 1979— y el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impiden todo tipo de censura previa; así como una madura interpretación de lo que significa “proporcional” (artículo 2, inciso 7) para evitar cualquier tipo de peligro.<sup>57</sup>

A nuestro juicio, lo más aconsejable, pese a no existir voluntad política para ello, resulta excluirlo a través de una reforma constitucional.<sup>58</sup> En tanto ello no suceda, y ante la ausencia de fallos judiciales que iluminen los alcances de esta figura, sería necesaria su regulación legislativa.

En este sentido, lo dispuesto por la ley 26301, publicada el 3 de mayo de 1994, que es un primer intento de regulación, constituye un esfuerzo transitorio, coyuntural e incompleto que, si bien aclara algunos aspectos (competencia, aplicación supletoria del procedimiento del amparo, etcétera), confunde

<sup>57</sup> Por ejemplo, en Colombia, uno de los casos más polémicos fue el fallo dictado por el juez 23 Civil del Circuito de Bogotá contra la cadena Caracol con motivo del ejercicio de la libertad de expresión. Se trataba de una acción de tutela (o amparo) interpuesta ante la negativa de un periodista de leer la carta rectificatoria remitida debido a la difusión de una información inexacta. El juez otorgó la tutela y dispuso que el órgano de comunicación emplazado debía leer en la hora que se difundía el programa radial la rectificación solicitada. Para ello, redactó un texto a ser leído por el director de la cadena tres veces con intervalos de 48 horas, en el cual se precisaba que el Ministro de Agricultura nunca había confesado ser un evasor de impuestos. Dicha resolución fue cuestionada por “casi todos los medios de comunicación y los gremios periodísticos” pues la consideraron un exceso. En realidad, la discusión se centraba en la forma como debía llevarse a cabo la rectificación, es decir, si luego de concederse la tutela quedaba a criterio del medio de comunicación interpretar y redactar la rectificación, o si sobre los términos de ella también debía resolver el juez, o en todo caso, si la rectificación debía hacerla el propio medio —en tercera persona— aclarando que era por orden judicial (“La guerra contra la tutela: debate nacional en torno a las tutelas contra medios y sus implicaciones para la libertad de prensa”, *Semana*, Bogotá, febrero de 1993, núm. 563, pp. 26-33).

<sup>58</sup> Debido a los intensos cuestionamientos a esta figura y al ambiente electoral en el que se vive, el Congreso aprobó la primera reforma constitucional a la nueva Carta destinada a excluir el inciso 7 del artículo 2 del ámbito de protección del *habeas data*. Para que ella se haga efectiva, según el artículo 206 de la Constitución, aún se requiere aprobar esta exclusión en una segunda legislatura ordinaria.

otros. Por ejemplo, considerar como “vía previa” la rectificación ante un medio de comunicación, asimilándola a los supuestos del proceso de amparo. Los sistemas que tutelan este derecho (*verbi gratia* España, Costa Rica y Colombia, entre otros) aceptan la necesidad de un planteamiento previo de la rectificación, pero no lo asimilan a la institución de la “vía previa” del proceso de amparo, pues esta cuenta con naturaleza propia y puntuales excepciones que permitirían evitar su tránsito. En esta materia todavía falta mucho por hacer.

Dado la peculiar introducción y configuración del *habeas data*, resulta relevante analizar la resolución judicial recaída en el primer *habeas data* resuelto por el Poder Judicial, precisamente en un caso que compromete la actuación de los medios de comunicación.

Se trata de la demanda presentada ante un juez penal por el abogado Vladimir Paz de la Barra contra los periodistas Nicolás Lúcar y Roxana Cueva. Ellos difundieron en un programa de televisión, un reportaje en el que se atribuía a dicho abogado —cuya imagen se proyectaba—, haber asesorado a Carlos Manrique en la compra de unos bonos, perjudicando a los ahorradores de CLAE. Además, se daba a entender que los asesores partícipes de tal operación eran personas de dudosa reputación. Ante esto, se presentó el *habeas data* solicitando la rectificación de dicha información, la apertura de juicio penal y, además, que los periodistas se abstuvieran de relacionar al demandante con la compra de dichos bonos.

Al momento de ser presentada la demanda no existía una ley que regulara el trámite del *habeas data* y precisara al órgano judicial competente (juez civil o penal), ni los requisitos que en estos casos debían cumplirse. El juez penal, que en primera instancia resolvió el caso, declaró inadmisibles la demanda y dispuso la devolución de los recaudos al demandante. Consideró que no era competente, pues como el *habeas data* protege derechos que antes de la vigencia de la nueva Carta estaban tutelados por el amparo, el juez civil era la autoridad idónea.

El Tribunal Correccional confirmó la resolución del juez y declaró inadmisibles el *habeas data*. Un argumento central fue que dicho proceso sólo podía ejercitarse luego de haber solicitado al medio de comunicación la rectificación de la información inexacta o agravante, requisito que no se había acreditado.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló la resolución del Tribunal Correccional y dispuso que la demanda se remitiera al juez civil para que éste continuara con el trámite de ley. Consideró que ante la ausencia de ley regu-

ladora, debía aplicarse la ley 23506 (sobre *habeas corpus* y amparo) y sus modificatorias.

Ante la ausencia de ley reguladora, se requería determinar la competencia del órgano (civil o penal) que debía conocer la demanda. En este caso, la determinación de la Corte de que el juez civil es el órgano judicial competente resulta acertada. En efecto, como indica Néstor Sagués, el *habeas data* opera como una modalidad del amparo aunque “con finalidades específicas”; por tanto, el trámite debe ser similar a dicho proceso cuyo conocimiento corresponde a la justicia civil. La misma respuesta se ha dado en el derecho comparado. Así por ejemplo, en Brasil el *habeas data* se ventila siguiendo un trámite similar al llamado mandato de seguridad o amparo.<sup>59</sup>

En segundo lugar, la Corte pese a reconocer la incompetencia del juez penal resuelve remitir lo actuado al juez civil. Esto lo hace, sin decirlo expresamente, con base en el artículo 9 de la ley 25398 que complementa la ley de *habeas corpus* y amparo. En nuestra opinión, no resultaba aplicable dicho dispositivo pues parte del supuesto que se incurra en error al denominar la acción de garantía (por ejemplo *habeas corpus* cuando en realidad es amparo). Esta vez no hubo tal error, quedaba claro que el demandante quería interponer un *habeas data* y no otra acción. De ahí que hubiera sido suficiente con desestimar de plano la demanda.

En tercer lugar, un argumento utilizado por el Tribunal Correccional más no por la Corte Suprema, fue el requerimiento de formular la rectificación por escrito al medio de comunicación para luego, ante su negativa, acudir al Poder Judicial. Este requerimiento, anterior a la etapa judicial, resulta razonable y bien pudo ser el argumento utilizado por la Corte Suprema para desestimar de plano la demanda, pues no había sido acreditado. Una exigencia similar está presente en la legislación española (Ley orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación), de Costa Rica (Ley de la jurisdicción constitucional) y de Colombia (Decreto 2591/1991 que regula la acción de tutela).

Finalmente, sorprende verificar que una resolución que no admite una demanda (auto) puede llegar a conocimiento de la Corte Suprema, cuando en situaciones similares sólo se cuenta con dos —y no tres— instancias. Además, preocupa constatar la escasa contribución de la doctrina ante un problema tan polémico como es el empleo del *habeas data*.

### iii) Conflictos de competencias o de atribuciones

59 Othon Sidou, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandado de injuncao y *habeas data*” (trad. de Héctor Fix-Zamudio), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 70, 1991, pp. 184 y 185.

Con el avance del proceso de consolidación de la Constitución como norma jurídica se va desarrollando un nuevo proceso constitucional, cuyo conocimiento corresponde a un tribunal especializado, destinado a resolver aquellos conflictos que puedan suscitarse respecto a las atribuciones que la propia Constitución reconoce a distintos órganos o entidades territoriales, en dos niveles.

En primer lugar, los conflictos de competencias constitucionales entre el gobierno central y los gobiernos locales y regionales, o los de éstos entre sí (división territorial del poder), que han tenido un importante desarrollo en países europeos y en los Estados Unidos; y en segundo lugar, los conflictos de competencias que puedan presentarse entre los órganos constitucionales del Estado, por ejemplo, Parlamento, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, entre otros (división funcional del poder). Ello significa que “a división de poderes está jurídicamente y no sólo políticamente garantizada”.<sup>60</sup>

Mientras por un lado los diversos ordenamientos jurídicos contemplan un procedimiento a través del cual pueden resolverse los conflictos presentados entre el Poder Judicial y la administración (“conflictos jurisdiccionales”);<sup>61</sup> por otro, la existencia de un Estado federal, regional o autonómico, plantea la necesidad de regular un mecanismo destinado a salvaguardar la *división territorial del poder*, garantizando la subsistencia del respectivo régimen federal, regional o autonómico (“conflictos territoriales”).

Ambos supuestos son muy distintos del llamado conflicto entre órganos constitucionales cuyo objetivo central es evitar los vicios de competencia que pudieran producirse entre órganos de esta naturaleza y que trata de garantizar la *división funcional del poder*. En este sentido, no hay duda que cualquier cuestionamiento sobre la competencia de un órgano supremo del Estado constituye un conflicto constitucional pues “pone en cuestión el sistema organizatorio que la Constitución, como una de sus funciones básicas ha establecido”,<sup>62</sup> y trata de ser garantizado mediante un proceso constitucional ante un tribunal especializado.

Esta posibilidad de residenciar un conflicto entre órganos constitucionales no se encuentra exenta de cuestionamientos. Por un lado, será frecuente que aquellos sean resueltos políticamente por los propios sujetos en conflicto, ya

60 Aragón Reyes, Manuel, “Prólogo” al libro de Ángel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, p. 20.

61 Así por ejemplo, en España la LOPJ (artículos 38 a 50) dispone que la resolución de los conflictos suscitados entre los juzgados o tribunales y la administración será de competencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

62 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 150.

sea a través del predominio de uno sobre otro o de posibles transacciones entre ellos —de ahí que se ha dicho que constituye una competencia *residual*—; y por otro exige que el órgano encargado de resolver goce de la independencia y legitimidad indispensables para que a través de su resolución pueda *pacificar* la situación conflictiva y no precisamente recrudescerla.

Ha de tomarse en cuenta que el conflicto entre órganos constitucionales surge en Europa teniendo como figuras más destacadas las experiencias alemana, italiana y española. Otros modelos, como el norteamericano, si bien no contemplan una institución de tal naturaleza, atribuyen la resolución material de estos conflictos al Poder Judicial, normalmente al Tribunal Supremo, a través de los procesos ordinarios.<sup>63</sup> En realidad, la primera experiencia susceptible de ser calificada como antecedente aparece en Alemania. En efecto, la Constitución de Weimar de 1919 creó un Tribunal de Conflictos de los Estados, encargado de conocer las controversias dentro de los Estados miembros en las que “ningún tribunal fuera competente para su resolución” y que no versaran sobre “litigios de derecho privado” (artículo 19). Sin embargo, la falta de claridad en su regulación generó serias controversias respecto a la naturaleza jurídica y alcances de esta figura, no sólo a nivel de la doctrina sino también en su funcionamiento.<sup>64</sup>

Posteriormente, contó con una mayor elaboración en la Ley Fundamental de Bonn (1949), la Constitución italiana (1947) y finalmente la Constitución española (1978). En América Latina, uno de los pocos países que lo contempla es Costa Rica, cuya Ley de la Jurisdicción Constitucional lo regula (artículos 109 a 111), como una de las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema<sup>65</sup> y que ha sido muy poco utilizado.

El conflicto de competencias no ha gozado de regulación ni tratamiento sistemático en nuestro ordenamiento jurídico. Durante el proceso constituyente de 1978-1979, sólo se efectuaron propuestas encaminadas a introducir los llamados “conflictos territoriales”. Este proceso recién aparece en el nuevo texto constitucional como una competencia adicional del Tribunal Constitucional.

En efecto, el artículo 202 inciso 3 de la nueva Carta dispone que corresponde al Tribunal Constitucional “conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”. Este nuevo proceso resultará un positivo avance si llega a dictarse una adecuada regulación que lo desarrolle. Esto resulta indispensable pues la norma constitucional no precisa si se refiere a los dos tipos de conflictos mencionados y —en todo

63 Gómez Montoro, Ángel, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1993.

64 García Roca, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 21.

65 Saborio Valverde, Rodolfo, *Normas básicas de derecho público*, Costa Rica, Seinjusa, 1992, p. 48.

caso— a qué órganos abarca; las conductas cuestionables (actos, omisiones, amenazas o normas); el parámetro de control, es decir si comprende lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad o se refiere sólo al texto constitucional; los efectos de las sentencias estimatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, todo ello tendrá que ser precisado y desarrollado por la respectiva ley reguladora. Por lo demás, el problema recrudece dado lo genéricas que resultan las atribuciones de algunos sujetos susceptibles del conflicto, lo cual exigirá, reiteramos, una adecuada precisión legal.

Si bien ya hemos alertado respecto a las limitaciones que presenta este proceso y su tratamiento como proceso constitucional, también hemos precisado su naturaleza de proceso constitucional susceptible de ser tramitado ante un Tribunal Constitucional. No obstante, cabe plantearse la interrogante ¿era conveniente introducirlo en nuestro ordenamiento constitucional?

A nuestro juicio, resulta conveniente incorporar un proceso que permita la solución ante un órgano jurisdiccional —Tribunal Constitucional— de los vicios de incompetencia en que incurran los órganos constitucionales y entidades territoriales. Sin pecar de optimismo, entendemos que es útil dotar a un modelo democrático de todos los resortes necesarios encaminados a fortalecerlo manteniendo y recreando la división funcional y territorial del poder que la Constitución adopte. Sin embargo, sabido es que su respeto no sólo dependerá de una visión jurídica de los conflictos, pues las fuerzas sociales que operan en su entorno suelen encaminarse por otros derroteros. Y es que en algunos casos, incluso en aquellos sistemas que lo incorporan, se acude a medios políticos —extrajurídicos— para *solucionar* estos conflictos.<sup>66</sup>

Tres aspectos, creemos que serán fundamentales para su cabal funcionamiento. En primer lugar, el reconocimiento que el principio de supremacía constitucional puede verse afectado también por un atentado a la división funcional del poder; en segundo lugar, la existencia de un Tribunal Constitucional efectivamente independiente; y finalmente una debida regulación de este proceso. Sin estos supuestos, poca utilidad podrá brindar un proceso de esta naturaleza.

En esta perspectiva, creemos que su regulación deberá contar con las siguientes características fundamentales:

- Indicar cuáles son los órganos constitucionales entre los cuales puede suscitarse. Si nos atenemos a la división funcional del poder contenida en la nueva Constitución comprendería al Ejecutivo, Congreso, Poder

Judicial, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público, Defensor del Pueblo y al Consejo Nacional de la Magistratura. No incluimos al Tribunal Constitucional pese a ser un verdadero órgano constitucional pues al constituir el órgano encargado de resolverlo se convertiría en juez y parte.

- Establecerse que las conductas objeto de control serán los actos de los referidos órganos. No debe proceder contra las normas de carácter general frente a las cuales cabe la acción de inconstitucionalidad,
- El parámetro a ser utilizado a efectos de determinar la competencia de los órganos en conflicto estará constituido fundamentalmente por las normas constitucionales. Puede plantearse también que las leyes orgánicas que fijan tales competencias derivadas directamente de la Constitución (bloque de constitucionalidad) sean utilizadas como parámetro,
- Debe dotarse al Tribunal de plazos breves para resolver estas controversias, así como establecer un término de caducidad para su interposición,
- Los efectos de las sentencias estimatorias deben disponer la nulidad del acto viciado de incompetencia. Tales resoluciones no gozan de efectos *erga omnes*.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

a) No podemos afirmar que el modelo de jurisdicción constitucional previsto por la Carta de 1979 haya funcionado idóneamente. Sin embargo, no nos parece razonable haberlo cuestionado y modificado irracionalmente, dejando de lado la conveniencia de pensar en forma concertada en una reforma integral del mismo. Tampoco se requiere mucho esfuerzo para darnos cuenta de lo que está detrás de ello. El amparo, el *habeas corpus*, el funcionamiento de un Tribunal Constitucional y del modelo de jurisdicción constitucional en su conjunto, no resultan gratos para regímenes autoritarios.

b) La Declaración Universal (artículo 8), la Declaración Americana (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7.6 y 25), reconocen a todas las personas el derecho a un *recurso efectivo* que las amparen contra los actos que lesionen sus derechos fundamentales. Sin embargo, pese a la existencia de tales disposiciones que obligan al Estado peruano, y que inicialmente se aseguró respetar, las garantías o procesos constitucionales estuvieron restringidas debido a diversos decretos leyes expedidos por el go-

bierno. A nuestro juicio, con la vigencia de la nueva Carta dichos decretos en tanto la contradicen han quedado derogados.

c) En términos generales la nueva Carta, pese a iniciales retrocesos, mantiene el modelo de jurisdicción constitucional previsto por la Carta de 1979 efectuando algunos ajustes y modificaciones. Los procesos o garantías constitucionales tomados de la Carta de 1979 han sido regulados imponiéndoles en ocasiones expresas limitaciones, tal como sucede con el amparo, y en otros casos introduciendo elementos positivos, *verbi gratia* su procedencia durante los regímenes de excepción. Los nuevos procesos incorporados, son en ocasiones innecesarios, por ejemplo el *habeas data* —incluso muy mal regulado e innecesario— pues el amparo, con un trámite adecuado, bien pudo asumir la defensa de la libertad o intimidad informática. De otro lado, destaca la introducción de los conflictos de competencia o atribuciones que requieren una idónea regulación que encauce su funcionamiento.

d) Resulta fundamental para un adecuado y eficaz control de los actos de los poderes públicos, especialmente del Poder Ejecutivo —cuyas atribuciones han sido excesivamente robustecidas en la nueva Constitución—, contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a los ciudadanos frente a sus excesos. Este cometido le corresponde a un reformado Tribunal Constitucional, distinto a su antecedente previsto por la Carta de 1979. En términos generales la Carta de 1993 configura al Tribunal Constitucional de modo positivo. Sin embargo, preocupa el modo acogido para la selección de sus magistrados a cargo del Congreso con mayoría de dos tercios, pues podría conducir a una elección político partidaria que eventualmente restringiría su independencia. De otro lado, no se ha explicitado que el Tribunal sea el intérprete supremo de la Constitución. Esto no impide afirmar que no lo sea, pues incluso en un sistema como el peruano en el cual coexiste con el control difuso a cargo del Poder Judicial, creemos que aquél goza de tal configuración.

f) Más allá de las críticas que válidamente pueden formularse al actual modelo de jurisdicción constitucional, es urgente que se apruebe la ley orgánica del Tribunal Constitucional, se designe a sus magistrados y se implemente esta institución. De lo contrario, el modelo previsto no funcionará a plenitud y el control se encontrará severamente disminuido.

Lima, 12 de octubre de 1994.