

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

IV.	Modelo de jurisdicción constitucional	137
1.	Acción de inconstitucionalidad	139
1.1	Legitimidad procesal	139
1.2	Funciones del control constitucional	142
1.3	Tipos de sentencias de inconstitucionalidad	144
1.4	Efectos de las sentencias	150
1.5	Supremacía de la interpretación constitucional	152
2.	Habeas Corpus	154
2.1	Tipos de habeas corpus	156
2.2	Garantías del debido proceso	159
3.	Acción de Amparo	162
3.1	Amparo contra normas y resoluciones judiciales	162
3.2	Garantías de la tutela judicial	165
3.3	Medida cautelar	166
4.	Habeas Data	167
5.	Acción de Cumplimiento	172
6.	Acción Popular	175
7.	Conflictos Constitucionales	178

MODELO DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL

El análisis del modelo de jurisdicción constitucional incorporado en la Constitución de 1993, no esta desvinculado del proceso que aconteció a partir del 5 de abril de 1992, es decir la etapa en que se desarrolló el periodo del gobierno de facto absoluto de Fujimori³⁰⁹, que se inició con la clausura, entre otras instituciones, del propio Tribunal de Garantías Constitucionales por Decreto Ley N° 25422, al cesar inconstitucionalmente a todos sus magistrados. A su vez, el Presidente modificó la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo para impedir la interposición de garantías constitucionales, como el habeas corpus, y sobre todo la acción de amparo. También reformó la propia Ley Orgánica del TGC, cuando ya no podía actuar como instancia casatoria, debido a su clausura, para evitar que particulares pudiesen ejecutar una sentencia de amparo desfavorable al Estado.

Todo esto significó que el control constitucional de las leyes, y la revisión de las resoluciones denegatorias sobre garantías constitucionales a cargo del TGC, quedaron proscritas. Apenas los habeas corpus y las acciones de amparo, que tutelaban los derechos fundamentales de la Constitución de 1979, podían ser incoadas ante el Poder Judicial. Pero su mérito era resuelto en última instancia por una pléyade de vocales y magistrados nombrados por decretos leyes, amedrentados o sometidos al poder de facto político y militar³¹⁰.

Esta realidad constitucionalidad se vio reflejada en el debate constituyente en el CCD, como se ha señalado, en tanto se eliminó al Tribunal Constitucional en los dos anteproyectos y dictamen constitucional de la mayoría

309. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, op. cit., pp. 101 ss.; Fernando Rospigliosi, *Las fuerzas armadas y el 5 de abril...*, op. cit., pp. 66 ss.; CAJ, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, en LTC N° 9, pp. 146 ss.; Eduardo Ferrero (editor), *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú*, Lima, 1992.

310. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, Lima, IDL, 1994, pp. 79-86; este informe fue el resultado de un acuerdo de entendimiento entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno del Perú, para que una comisión, presidida por el Profesor Robert Goldman, evalúe las características más importantes del sistema judicial y las reformas legales y constitucionales introducidas.

fujimorista, hasta su incorporación final en el pleno del CCD sin mayor debate u oposición gubernamental. Por ello, sólo nominalmente se puede señalar que el modelo de jurisdicción constitucional consagrado, en la Constitución de 1993, continúa parcialmente la senda iniciada en la Constitución de 1979, incorporando en su seno dos sistemas, el difuso y el concentrado de jurisdicción constitucional³¹¹, configurando de este modo un modelo dual imperfecto de jurisdicción constitucional.

Es así que la Constitución de 1993 reconoce en el Capítulo VIII del Poder Judicial, del Título IV De la Estructura del Estado, por un lado, la potestad del *judicial review* o control difuso de la Constitución, en tanto que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”, según el Art. 138° *in fine*. Por otro lado, le corresponde también al Poder Judicial resolver en primera y segunda instancias las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, mientras que la acción popular, la justicia ordinaria la resuelve en todas sus instancias judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 200°-5 y 202°-2 de la Constitución. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional goza de un rol prevalente sobre el Poder Judicial, en tanto subordina las resoluciones judiciales a sus decisiones, en materia de garantías constitucionales y en asuntos de interpretación y, en consecuencia, de aplicación de la Constitución.

En efecto, el Título V De las Garantías Constitucionales reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, y lo convierte en instancia de fallo, en tanto que tiene competencia para resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento, según el Art. 200° incisos 2, 3, 4 y 6. También le faculta para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales con rango de ley, así como para resolver los conflictos de competencias y atribuciones entre los poderes y organismos constitucionales³¹².

-
311. *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit., p. 837, también publicado en Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, con un estudio preliminar de Gerardo Eto, Trujillo, Marsol editores, 1998, p. 40; asimismo, Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad*, op. cit., p. 92.
312. Carlos Mesía, *La jurisdicción constitucional en el Perú en la Constitución de 1993*, en *Derechos Humanos. Instrumentos internacionales y teoría* (Walter Gutiérrez y Carlos Mesía, compiladores) Lima, Edición W.G. editor oficial, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 616 ss.

El número de magistrados del Tribunal Constitucional es de siete, correspondiéndole al Congreso de la República la nominación de todos los magistrados constitucionales, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de congresistas, esto es, con ochenta votos de los ciento veinte representantes. Si bien una de las pocas críticas gubernamentales fundamentales al TGC fue su excesiva politización, sobre todo en la primera etapa del gobierno de Fujimori –1990 a 1992–, la Constitución abandona el sistema de la designación tripartita por parte del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo de sus nueve magistrados, por un sistema cien por ciento político de elección de los siete magistrados por el Congreso³¹³.

Sin embargo, el actual sistema de elección concentrado en el Congreso unicameral, requiere de una mayoría de dos tercios que obliga al pacto entre los grupos parlamentarios, con lo cual la mayoría y las minorías parlamentarias quedan tácitamente obligadas a votar en conjunto. Es del caso señalar que el Congreso unicameral integrado por 120 parlamentarios, en el periodo 1995-2000, donde el gobierno cuenta con 67 escaños y la oposición con 53, no llegaron pacíficamente a elegir a los magistrados del TC durante un año, debido al veto de algunos de sus candidatos (ver Tercera Parte, Cap. III, 1).

Sin perjuicio de los alcances y límites de la nominación de los magistrados constitucionales, corresponde perfilar las características o elementos fundamentales de los procesos constitucionales.

1. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1 Legitimidad procesal

La legitimidad procesal activa para interponer la acción de inconstitucionalidad ha sido consagrada extensivamente al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo, a veintiocho congresistas, a cinco mil ciudadanos, a los colegios profesionales en los asuntos de su especialidad. Pero si se tratase de incoar ordenanzas municipales, puede demandar el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito municipal, siempre que ese número no exceda de las cinco mil firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, y por los Presidentes de Región, con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales, con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia según dispone el art. 203º de la Constitución³¹⁴.

313. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, op. cit., pp. 453-454.

314. Enrique Bernaldes con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, op. cit., p. 725.

Sin embargo, por un lado, cabe precisar que la máxima autoridad regional goza de capacidad para interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas regionales de carácter general, según el art. 200º-4 de la Constitución, aunque hubiera sido coherente también otorgar legitimidad procesal activa a un porcentaje determinado de ciudadanos regionales interesados, para interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas legales regionales. Por otro lado, en comparación con el sistema anterior que exigía cincuenta mil firmas de ciudadanos y no distinguía si se trataba de normas locales, regionales o sectoriales, lo cual fue criticado en su momento³¹⁵, esta Constitución amplía la base social para las demandas ciudadanas en busca de control y límite constitucional de las normas con rango de ley.

La Constitución, asimismo, innova al ampliar la legitimación constitucional a los gremios profesionales, a los cuales la Constitución también les ha reconocido una participación social más activa, en otras instituciones como en el Consejo Nacional de la Magistratura; facultando que un representante de los Colegios de Abogados del país y otro de los demás colegios profesionales integren dicho Consejo (Art. 155º, incisos 3 y 4), así como también otorgando al Colegio de Abogados de Lima la atribución de elegir a un representante ante el Jurado Nacional de Elecciones (Art. 179º, inciso 3).

No obstante lo señalado, la democratización de la legitimidad procesal activa ha recibido crítica: “A nuestro entender la legitimación comentada ha sido regulada por la nueva Constitución con una, a todas luces, desmedida amplitud”³¹⁶. Es del caso ponderar lo citado, considerando que la pobrísima experiencia del TGC en materia de expedición de resoluciones sobre inconstitucionalidad de las leyes, comentada anteriormente, en parte se debió a esta falta de democratización de la legitimación ciudadana e institucional de la acción de inconstitucionalidad.

Es preciso mencionar, por un lado que dada la nueva estructura unicameral³¹⁷, con una composición, organización interna y funcionamiento de una mayoría absoluta sin el concurso de la oposición parlamentaria, como por otro, un presidencialismo que ha dado muestras de ser capaz de quebrar

315. Colegio de Abogado de Lima, *Pronunciamiento. Acción de inconstitucionalidad* (Constitución Política, Art. 298º 1), en *Revista del Foro* N° 1, Enero-Junio, Lima, 1987, p. 17.

316. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, op. cit. p. 115.

317. Antonio Torres del Moral, *El Parlamento: monocameralismo y bicameralismo*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 40-41.

el orden constitucional. Las posibilidades de la aprobación unilateral de leyes, tratados, reglamentos del Congreso, decretos legislativos y decretos de urgencia, se convierte en una realidad no virtual sino concreta. Este desbalance del poder gubernamental requiere equilibrarse con el ejercicio de los derechos de las minorías –parlamentarias, municipales y regionales– y de la propia sociedad civil –ciudadanos y sus asociaciones profesionales–, para salvaguardar el principio de la supremacía constitucional de las leyes y el respeto de los valores democráticos³¹⁸.

Por ello, es del caso relieves la disminución del número de firmas de los congresistas para incoar una acción de inconstitucionalidad, por cuanto en el sistema anterior el requisito era de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados –sesenta– o de Senadores –veinte–, que las minorías parlamentarias lograron reunir para plantear diversas acciones de inconstitucionalidad. En tanto que ahora, al reducirse al veinticinco por ciento de las firmas de los congresistas, se amplía también la protección de la justicia constitucional hacia la oposición y las minorías sociales, ya que sumando veintiocho firmas los congresistas pueden incoar normas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional.

La ampliación de la legitimación procesal al Defensor del Pueblo, institución creada específicamente en la Constitución de 1993, aparece como necesaria y refuerza las atribuciones constitucionales de defender los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos que ofrece a la ciudadanía, según dispone el art. 162º de la Constitución.

Finalmente, si bien “la legitimación procesal activa es muy vasta”³¹⁹, resulta paradójico que a la Corte Suprema titular en última instancia del control judicial de las leyes, se le haya excluido la potestad de plantear acciones de inconstitucionalidad, como le estaba reconocido en la Constitución de 1979. Lo que puede interpretarse como una clara ponderación de las funciones judiciales sobre las funciones constitucionales de la Corte Suprema, pero también supone una reserva casi absoluta del control constitucional de las leyes en torno al Tribunal Constitucional, en la medida que los jueces ordinarios están facultados constitucionalmente, en el caso de colisión entre una

318. Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I, São Paulo, Edição Saraiva, 1962, pp. 85 ss. y 129 ss.

319. Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit., p. 838.

norma constitucional y una legal, a preferir la primera. No obstante, es el control constitucional directo, mediante la acción de inconstitucionalidad, la garantía que caracteriza a la jurisdicción constitucional.

1.2 Funciones del control constitucional

El control constitucional de la ley tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional *-función de valoración-*; sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso es la eliminación de la norma incoada por inconstitucional *-función pacificadora-* del ordenamiento jurídico. Decisión que tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores -públicos y privados- de las normas jurídicas *-función ordenadora-*³²⁰. Sin lugar a dudas, la experiencia constitucional peruana, caracterizada por las emergencias y vaciamientos constitucionales, exige cuando menos otorgar algunas funciones adicionales a la acción de inconstitucionalidad, en el marco constitucional establecido.

Para tal efecto, hay que señalar que la Constitución de 1993 profundiza el esquema del sistema del control de constitucionalidad de la Constitución de 1979, en tanto reconoce al Tribunal como el órgano de control constitucional, encargado de resolver en única y definitiva instancia las acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley. También le faculta a resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento. Asimismo, le autoriza a decidir sobre los conflictos de competencia o de atribuciones, según dispone el art. 202º de la Constitución³²¹.

El control constitucional de las normas con rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, tratados, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución, por el fondo o por la forma, es un control represivo y no preventivo, es decir, las normas legales sólo pueden ser incoadas por inconstitucionales una vez que hayan entrado en vigencia, o sea al día siguiente de su publicación. Pero, en base a la *función de la fuerza normativa* de la

320. Javier Jiménez Campo, *Qué hacer con la ley inconstitucional*, en *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 24 ss.

321. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, op. cit., pp. 101 ss.

Constitución³²², la no publicación de leyes o decretos de urgencia porque el gobierno los considera “secretos” no es óbice para demandar su inconstitucionalidad cuando menos por violación formal de la Constitución, al tener conocimiento extraoficial de los mismos. Lo cual es posible en el proceso de la acción popular contra normas administrativas que aún no han sido publicadas.

Otro tema sobre el cual guarda silencio la Constitución, es el control constitucional por omisión, previsto en otros ordenamientos constitucionales³²³, debido a que es usual que diversos mandatos constitucionales, expresos y con plazo fijo, no sean desarrollados legislativamente por el Congreso. Tal es el caso de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que estableció como primera prioridad de leyes de desarrollo: “las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995”. Sin embargo, no se dictó dicha ley, ni se renovaron las autoridades regionales. En este sentido, entre otros, la omisión en *stricto sensu* del expreso mandato del constituyente, es una trasgresión de la norma constitucional debido a la inercia del legislador, constituyendo una auténtica violación a la Constitución³²⁴. En ese sentido, se puede decir que la función del control constitucional no debe reducirse sólo al examen de la ley, sino que la acción de inconstitucionalidad también debe cumplir una *función integradora*³²⁵ de la Constitución, mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Por otro lado, dado el uso frecuente de la legislación de emergencia, que opera en los bordes de las fronteras constitucionales, para no aludir al quebrantamiento directo de las mismas, cabe pensar que la acción de inconstitucionalidad cumpla una *función de eficacia integradora*³²⁶ de la Constitución derivada de lo anterior, pero, orientada a hacer respetar la unidad o núcleo

322. Konrad Hesse, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 16 ss.

323. José Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 978-979; asimismo, Jorge Miranda, *Inconstitucionalidade por omissão*, en *Estudios sobre a Constituição*, tomo I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 334 ss.

324. Gerardo Eto Cruz, *La inconstitucionalidad por omisión*, Trujillo, Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, 1992, pp. 246 ss.; asimismo en Julio Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado*. El caso Español, 1998, Civitas, Madrid, pp. 486.

325. Rudolf Smend, *Integrationlehre e Integration*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 475-486.

326. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 50; asimismo, Rudolf Smend, *Integrationlehre e Integration*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, op. cit., pp. 187-198.

constitucional, promoviendo la superación de las situaciones reales de emergencia a través del respeto de las normas constitucionales permanentes y estables, antes que otorgar normalidad y continuidad a leyes basadas en las emergencias constitucionales.

1.3 Tipos de sentencias de inconstitucionalidad

La identidad entre norma legal y contenido de la ley, ha situado a los magistrados constitucionales en la corta perspectiva de mantener o la plena validez de una ley o declararla inconstitucional, ya sea parcial o totalmente, dejando de lado la labor de interpretación constitucional, que va más allá de una maniquea opción: constitucional o inconstitucional. Precisamente, es del caso observar atentamente el modelo de jurisdicción constitucional europeo, que ha delineado un sistema de control constitucional abierto, permitiendo a sus tribunales constitucionales desarrollar dentro del género de sentencias de inconstitucionalidad una variedad de tipos de sentencias, que se van ajustando a las necesidades del caso concreto, al fortalecimiento de sus vínculos con los poderes públicos y a la obtención de la legitimidad social necesaria en sus decisiones.

En tal entendido, se puede señalar un abanico de sentencias de inconstitucionalidad, planteadas en el derecho alemán³²⁷, español³²⁸ e italiano³²⁹, que se presentan adaptadas para el desarrollo de la jurisdicción constitucional peruana, en función al grado de infracción constitucional cometido y a las necesidades y posibilidades del modelo constitucional:

-
327. Theodor Maunz, Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Gerhard UlsamerKlaus, *Bundesverfassungs-gerichtsgesetz*, München, Verlag C.H. Beck., 1995, Art. 31°-1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, pp. 1-31; Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Verlag C.H. Bech, 1997, pp. 260 ss.; Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, op. cit., pp. 58 ss.; asimismo, Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en LTC N°12, art. cit., pp. 143 ss.
 328. Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, REDC, Año 8, N° 22, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1988, pp. 9 ss.; Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, IEAL, 1982, pp. 235 ss.
 329. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pp. 150 ss.; Nicola Occhiocupo, *La Corte Costituzionale come giudice di opportunità della leggi*, en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di venti anni di attività*, (a cura di Nicola Occhiocupo), Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1978, pp. 26 ss.; Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale*, quinta edición, Giuffrè editore, Milano, 1988, pp. 580-596; asimismo, Roberto Romboli, *La tipologia de las decisiones de la corte constitucional*, en REDC, Año 16, No. 48, Setiembre-Diciembre, Madrid, CEC, 1996, pp. 35 ss.

a. *Infracción grave a la Constitución*

La jurisdicción constitucional tiene como regla última declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, siempre que éstas violen material o formalmente de manera grave la Constitución *in toto*. Lo que supone que el Tribunal Constitucional desarrolle el control de la constitucionalidad de las normas incoadas, pero considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas democráticamente. Esto supone que para declarar la nulidad de una ley, basta que se haya aprobado abiertamente en contra de la Constitución y de los principios democráticos que ella contempla.

Es cierto también que la infracción grave presenta aristas que es necesario perfilarlas. Así, si se considera que la sentencia del TC tiene validez análoga a la ley por mandato constitucional, la aplicación de la resolución del TC en el tiempo es un tema homologable al de la ley. En efecto, se debe recordar que el artículo 204° de la Constitución señala que la “sentencia del Tribunal que declara una norma legal inconstitucional se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”. El artículo 103° de la Constitución es claro y expreso: “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”; asimismo, el artículo 109° dice que “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

De lo contrario, resulta indiscutible que si bien la sentencia que declara inconstitucional una norma legal, sólo tiene efectos a futuro *–ex nunc–* y no efectos retroactivos *–ex tunc–*, presenta excepciones de aplicación retroactiva de la ley benigna, prevista en la Constitución. De modo que los efectos de las normas son solo hacia futuro y por excepción se aplica retroactivamente cuando éstas, de forma benigna, favorecen al reo, señala el artículo 103° de la Constitución mencionada³³⁰. Sin embargo, al parecer, ésta no es la única excepción constitucional.

Si bien las sentencias de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos –salvo para el caso mencionado– es evidente que la norma legal que ha quedado sin efectos sea inválida por ineficaz. Pero los efectos de la sentencia no anulan todos los actos y consecuencias jurídicas producidas por la norma

330. Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en LTC N° 12, art. cit., pp. 146; asimismo, Víctor García Toma, *Conflictos de leyes en el tiempo*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°. 2, Lima, W.G. editores, 1996, pp. 33 ss.

legal, antes de que sea declarada inconstitucional, salvo que hayan afectado derechos fundamentales, garantizados especialmente en la Constitución³³¹.

En tal entendido, por un lado, se puede plantear que las normas legales tributarias que violan los derechos fundamentales, la igualdad y el principio de reserva de ley, establecidos en el artículo 74° de la Constitución, no surten efectos algunos, es decir dicha ley es nula. En ese sentido, el artículo 40° de la LOTC, ha dispuesto que “las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° y último párrafo del artículo 74° de la Constitución”. Por otro lado, también se encuentran normas constitucionales que sancionan el carácter irrenunciable de los derechos laborales constitucionales –artículo 26°, inciso 2–. En estos casos, la sentencia del TC también podría tener efectos retroactivos, a fin de no convalidar normas nulas desde su origen³³². En consecuencia, la nulidad de la ley por inconstitucional es a futuro y sólo por excepción la nulidad puede ser retroactiva.

b. *Incompatibilidad constitucional de la ley*

Si bien los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad deben producir como consecuencia lógica un fallo de nulidad, esto no siempre debería ser así. Es decir, la fundamentación válida para considerar una ley inconstitucional, en muchos casos podría generar un perjuicio mayor si el fallo fuera anulatorio³³³. Este tipo de sentencia esta vinculado a los casos de inconstitucionalidad parcial de la norma, donde en particular es importante que con la anulación *in toto* de una ley, no se perjudique un grupo ciudadano, dando tiempo al Congreso en dar una nueva ley que integre a todas las personas por igual.

Con un ejemplo se verá más clara la propuesta. Pongamos el caso hipotético de una ley de impuestos que concede una exoneración tributaria a las Comunidades Campesinas por la venta de sus tierras protegidas en la

331. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, op. cit., p. 726; asimismo, una interesante postura en contrario en relación al TGC, se encuentra en Alberto Bustamante, *La irretroactividad de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Derecho* N° 36, Diciembre, Lima, 1982, p. 63.

332. Enrique Bernal con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado...*, op. cit., pp. 726-727.

333. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., pp. 194 ss.

Constitución, pero olvidando a las Comunidades Nativas. En este supuesto, la declaratoria de nulidad de la ley tributaria por discriminatoria perjudicaría a los campesinos, pero no se trata de eliminar la exoneración tributaria que la ley ha establecido, sino ampliarla a los nativos de la Selva, que están en igualdad de condiciones y de protección constitucional.

El TC para evitar una decisión que afecte a los campesinos y en vez de declarar nula la ley, no obstante los fundamentos por la inconstitucionalidad, podría declarar a la ley incompatible con la Constitución, dejando, así al Congreso la oportunidad de corregir en la ley su falta de una correcta apreciación constitucional de los grupos campesinos y nativos a promover.

Esta constatación de una incompatibilidad constitucionalidad, es cierto que podría generar ciertas incertidumbres sobre lo que debe ser válido, por eso, los fundamentos del fallo deben ser asumidos por el Congreso con la fuerza de ley de toda sentencia del TC. No obstante, “mientras la anulación no se produzca, el juez ordinario sigue estando sujeto sólo a la ley, que interpreta con libertad”³³⁴.

Es evidente que en este tipo de sentencia, la mayoría del Congreso debe ser receptiva a la opinión del Tribunal, para que los legisladores configuren mejor la norma cuestionada, que aún sigue vigente. Considerando que si el TC declarase la nulidad de la ley, se produciría una mayor incompatibilidad con el ordenamiento constitucional por el daño que causaría.

c. *Infracción por vaciamiento de la Constitución*

Se trata de los supuestos en que la inconstitucionalidad de una ley no se manifiesta abiertamente, sino que *hic et nunc* la ley es constitucional o interpretada constitucionalmente, pero queda latente que en conexión con otras normas legales podrían formar un complejo normativo inconstitucional, en tanto que las otras normas legales están igualmente ubicadas en las fronteras porosas entre la precaria constitucionalidad de una norma legal y la simple inconstitucionalidad³³⁵.

Es el caso que las mayorías parlamentarias y el Gobierno puedan ir articulando un conjunto de leyes y decretos legislativos o de urgencia, que individualmente y por sí mismos no serían abiertamente inconstitucionales,

334. Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho...*, op. cit., p. 32.

335. Edzard Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur...*, op. cit., pp. 56 ss.

pero que puestos en conjunto se podría formar un complejo normativo, que estaría vaciando de contenido a una institución constitucional. Es el caso de las leyes que regulan la reforma del Poder Judicial, que si bien individualmente se encuentran en los límites de la constitucionalidad, y en un caso, incluso, el TC la declaró inconstitucional parcialmente. En conjunto, configuran una intervención del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, poniendo en cuestión la independencia y la autonomía judicial consagradas en la Constitución³³⁶.

En estos casos, el TC eventualmente podría declarar en su fallo una “doble resolución” o medida “suspensoria”³³⁷, en virtud de la cual la norma legal que vacía de contenido la Constitución, tiene un plazo de caducidad; vencido éste y si el Congreso no ha modificado la norma legal, queda sin efecto la norma impugnada o se reabre el proceso constitucional. En este último supuesto, la resolución bien podría declarar la nulidad de la ley.

Esto sería factible, si entendemos que la demanda de inconstitucionalidad de una ley determinada, no es un límite para que los magistrados constitucionales aprecien el conjunto normativo, en el cual la norma impugnada devendría en inconstitucional, por vaciamiento de la norma constitucional. Más aún, el artículo 22° de la LOTC, ha establecido que “para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20°, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”.

d. Interpretación de la ley conforme a la Constitución

Cuando una norma legal da lugar a ser interpretada de varias maneras, una inconstitucional y otra constitucional, señala la doctrina, que debería preferirse la interpretación que esté totalmente acorde con la Constitución³³⁸.

336. Tribunal Constitucional, *Sentencia del Tribunal Constitucional, declara fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra disposiciones de la Ley N° 26623*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 6 de noviembre de 1996, p. 144080.

337. Roberto Romboli, *La tipología de las decisiones de la corte constitucional...*, op. cit., p. 63. Frente a estos supuestos se ha planteado también el control electoral de los ciudadanos mediante el referéndum, ver Víctor Julio Ortecho, *Nuevos ámbitos de control constitucional*, ponencia al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996, p. 3.

338. Niklaus Müller, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Berr, Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1980, pp. 89 ss; Ramón Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 130 ss.; asimismo, Torstein Stein, *Tipos de sentencias constitucionales*, en *LTC* 12, op. cit., pp. 150.

En ese sentido, la ley no debe ser declarada nula si puede ser interpretada conforme a la Constitución, en razón a que se parte de la presunción a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de duda. Pero considero que dicha presunción es *iuris tantum* y no *iure et de iure*, en un sistema democrático débil, con una peligrosa mayoría parlamentaria y un Presidente autocrático, que niegan un proceso democrático abierto³³⁹. Por eso, sólo “en los Estados con una jurisdicción constitucional consolidada se considera superada la contraposición legislador democrático-Tribunal Constitucional”³⁴⁰.

No obstante lo señalado, la variante de la interpretación de la ley conforme a la Constitución fue utilizada defectuosamente por el Tribunal Constitucional peruano en la revisión del artículo 4° de su propia ley orgánica, en lo relativo a la exigencia de seis votos de los siete magistrados, para declarar una ley inconstitucional. En efecto, el fallo que se analiza más adelante (ver Primera Parte, Cap. V, 2.), se basó en que “toda norma o acto público debe presumirse como constitucional en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, puedan ser armonizadas con aquella”³⁴¹.

Sin embargo, fue un argumento retórico sólo para declarar infundada la demanda, y no para otorgar una interpretación constitucionalmente adecuada al sistema de votación del Tribunal, que dificulta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Desconociendo que la interpretación conforme a la Constitución reduce o modifica su aplicación, sin llegar a inconstitucionalizar el texto de la ley.

En tal sentido, la interpretación conforme a la Constitución parece razonable aplicarla sólo en las controversias de índole puramente políticas, distintas de los conflictos de contenido político y planteamiento jurídico³⁴², como fue el caso de la sentencia del TC sobre el art. 4° de la LOTC. Sobre todo, si la presunción de constitucionalidad de las leyes está a condición de la existencia previa de un ejercicio democrático del poder.

339. Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus...*, op. cit., pp. 45 ss; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, op. cit., pp. 105 ss; asimismo, Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, op. cit., pp. 268-275.

340. Albrecht Weber, *Jurisdicción constitucional en Europa occidental*, REDC, Año 6, Nº. 17, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1985, p. 80.

341. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

342. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, op. cit., p. 154.

1.4 Efectos de las sentencias

Las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal tiene efectos para todos *–erga omnes–* y para el futuro *–ex-nunc–*. Es decir, al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal, queda sin efecto la norma legal. A diferencia de la Constitución de 1979, en la cual el TGC comunicaba al Congreso para que derogase la norma legal. Y si en el plazo de cuarenta y cinco días naturales no lo había hecho, dicha norma quedaba derogada con la publicación de la resolución en el diario oficial.

Ahora las sentencias del Tribunal Constitucional, según el artículo 35° de la LOTC, “tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación”. En este sentido, se puede señalar que las sentencias del TC se caracterizan por gozar de una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y efecto vinculante para terceros:

a. *Fuerza de ley.* Se parte de romper con el principio positivista de que una ley sólo puede ser derogada por otra ley, por cuanto también una sentencia del TC, declarando inconstitucional una ley, tiene fuerza de ley *–Gesetzeskraft–* para dejar sin efectos generales a una ley. En efecto, “la ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”, como señala el Art. 103° de la Constitución.

Dejar sin efectos una norma legal supone no sólo que ya no es eficaz, sino que tampoco es válida, por una declaración judicial de siete jueces y no por un acto legislativo de los poderes políticos representativos –Parlamento o Poder Ejecutivo–. Pero no hay que entender a esta potestad de la justicia constitucional de manera excluyente de los otros poderes, sino más bien integradora. Por ese motivo, como señala Kelsen, “el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica”³⁴³. Esta función de perfeccionamiento judicial de la ley por parte del Tribunal Constitucional, le otorga, pues, una facultad como organismo constitucional de cooperación en la formación del ordenamiento jurídico³⁴⁴.

De otro lado, se puede señalar que la fuerza de ley de la sentencia que declara inconstitucional una ley por el Tribunal Constitucional, goza de un doble carácter: fuerza pasiva, en tanto no puede ser revocada por otra sen-

343. Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, op. cit., p. 395.

344. Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 250 ss.

tencia judiciales o derogada por otra norma legal, salvo por otras sentencias del propio Tribunal, así como también fuerza activa, en tanto deja sin efecto a la norma legal que haya sido declarada inconstitucional y a todas las demás que se opondan al fallo³⁴⁵.

b. *Cosa juzgada*. Sobre la base del precepto constitucional, que otorga a una sentencia del TC la eficacia derogatoria de una ley sobre otra, se deriva el carácter de cosa juzgada de las sentencias que declaran inconstitucional una ley –*Rechtskraft*–. Es en mérito de haber pasado en autoridad de cosa juzgada, según el artículo 37° de la LOTC, propio de las sentencias firmes de todo tribunal, según el artículo 139°-2 de la Constitución, que dicho fallo constitucional no puede ser contradicho por razón procesal de forma –cosa juzgada formal– o por razón sustantiva del fallo –cosa juzgada material–, en sede judicial ordinaria o especial, ni modificarse por una nueva ley del Congreso o del Poder Ejecutivo³⁴⁶. Más aún, el mencionado artículo 37° LOTC lleva al extremo: la “sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional”; es decir, se consagra la cosa juzgada material y formal.

Lo postulado no obsta para que si varían ostensiblemente las situaciones de hecho, el Tribunal pueda estimar una nueva acción de inconstitucionalidad sobre una nueva ley que norma idéntica materia que la anterior, cambiando su precedente jurisprudencial, de acuerdo a la mayoría super calificada de seis votos sobre siete magistrados, que demanda el artículo 55° de la LOTC. Lo cual ciertamente garantiza el poder de veto a los magistrados de la minoría en el seno del Tribunal.

El carácter mutable de una sentencia lleva a señalar que “la cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad”³⁴⁷. De ahí que una nueva acción contra dicha norma legal, sólo ante el Tribunal Constitucional fundada en idéntico precepto constitucional, no sería inconstitucional, si la interpretación que se haga de la ley y de la norma constitucional, se basen en nuevos elementos de juicio, derivados del cambio de circunstancias sociales, políticas o económicas, que deberían ser materia de evaluación concreta de los magistrados del Tribunal.

c. *Aplicación vinculante a los poderes públicos*. La afirmación de que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una ley,

345. Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, op. cit., p. 422.

346. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989, p. 69.

347. Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, tomo III, Buenos Aires, Ejea, 1962, p. 321.

por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios –*Bindungswirkung*– para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. En efecto, como señala el artículo 204° de la Constitución, “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”.

Es decir, el carácter vinculante de la sentencia del TC tiene consecuencias más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, porque es exigible no sólo a las partes del proceso, sino a todos los órganos constitucionales y para todos los casos futuros, no sólo por lo dispuesto en el fallo de la sentencia, sino también en los fundamentos y consideraciones de la misma³⁴⁸. Como en el caso de la cosa juzgada, el TC es el único que no queda vinculado a su sentencia, sea ésta estimatoria o desestimatoria de la demanda de inconstitucionalidad de una ley.

En particular, los jueces y tribunales ordinarios y demás autoridades administrativas, se encuentran sometidos a la jurisprudencia del TC, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma legal, como si ha sido desestimada la demanda. En este sentido, el artículo 39° de la LOTC dispone que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”.

1.5 Supremacía de la interpretación constitucional

La prevalencia de la interpretación del TC, en materia de declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, y en consecuencia su inaplicación por el Poder Judicial, es incuestionable³⁴⁹. Pero se debate el tema de la supremacía de dicha interpretación constitucional, cuando habiéndose desestimado la inconstitucionalidad de una ley, es decir, cuando ha quedado confirmada su constitucionalidad, el Poder Judicial y demás entidades con atribuciones jurisdiccionales, a través del control difuso de constitucionalidad de esa misma ley, pretenden inaplicarla en un caso concreto.

Si bien hay mandato expreso de la LOTC (art. 39°) en el sentido de que “los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido con-

348. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, op. cit., p. 58.

349. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 285 ss.; asimismo, Samuel Abad, *La jurisdicción constitucional en la carta peruana de 1993: antecedentes, balance y perspectivas*, en LTC N°4, 1995, pp. 216 ss.

firmada por el Tribunal”, existe otro que se encuentra en el art. 138° de la Constitución, por el cual “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”. Es en mérito a la supremacía normativa constitucional sobre la legal, que algunos tribunales, como se ve en el caso de la acción de amparo contra la sentencia del TGC sobre la Ley de la Bolsa de Trabajo, o la acción de amparo contra la sentencia del TC, que declaró inconstitucional la ley de la reelección presidencial (ver Tercera Parte, Cap. IV, 2.1.), han pretendido desmontar el sistema de control abstracto, mediante el control concreto.

El problema aparece porque la Constitución no ha establecido formalmente que el Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución, lo que obviamente no quiere decir que siéndolo materialmente pretenda ser el único. Porque la interpretación en un sentido jurisdiccional, como ya se ha señalado, la comparte con el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), pero subordinándolos a la interpretación constitucional de la ley que realice el propio Tribunal Constitucional³⁵⁰.

Más aún, el Tribunal Constitucional al operar como última instancia de fallo en materia de acciones de garantías, somete las resoluciones denegatorias en materia de garantías constitucionales que hayan resuelto previamente los jueces y cortes ordinarias, al fallo final de los magistrados constitucionales. Sin embargo, como no existe revisión judicial de las decisiones electorales del JNE, no hay un mecanismo de control directo. Lo que no obsta para que en las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones, se encuentren sometidas a las resoluciones estimatorias o desestimatorias de constitucionalidad de una ley por el TC, debido a que estas resoluciones constitucionales son cosa juzgada, tienen fuerza de ley y vinculan a todos los poderes públicos³⁵¹.

En ese sentido, la integración de las decisiones del Poder Judicial y concretamente del Jurado Nacional de Elecciones a las sentencias del Tribunal Constitucional, no es un tema constitucionalmente interpretable, sino de eficacia de su ejecución, en razón a que el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución y supremo intérprete de la misma³⁵².

350. Francisco Rubio Llorente, *Sobre la relación entre tribunal constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en REDC, N° 4, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1982, pp. 232 ss.

351. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...* op. cit., p. 233.

352. Ramón Peralta, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado...*, op. cit., pp. 132 ss.

Sin embargo, es constitucionalmente inevitable que hasta cuando el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial pueda resolver por la inaplicación de dicha norma en un proceso judicial de su competencia. Debido a que el sistema jurisdiccional peruano no prevé la suspensión de los procesos judiciales incidentales o de garantías constitucionales -salvo en materia de acción popular-, hasta que el TC resuelva la acción de inconstitucionalidad de la norma legal, impugnada en abstracto en sede constitucional y en concreto en sede judicial. Entonces, sin perjuicio de que el TC, como última instancia de fallo en materia de resoluciones de acciones de garantía, deba integrar sus resoluciones en materia de garantías constitucionales, con sus resoluciones estimatorias o desestimatorias sobre la constitucionalidad de las leyes. Cabe plantear que cuando en el Poder Judicial, en vía incidental o en materia de garantías, se ha concedido el derecho demandado por inaplicación de una ley, estos deban ser resueltos en última instancia en forma de casación y usando la vía del *certiorari* por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, la tarea del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, también tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, como el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional³⁵³. En ese sentido, las garantías constitucionales incorporadas en la Constitución de 1993, deben ser entendidos como instrumentos procesales que permiten, de manera directa, la defensa de los derechos fundamentales que la Constitución ha establecido de manera abierta, cuando éstos sean afectados.

2 HABEAS CORPUS

La Constitución de 1993 ha consagrado esta garantía constitucional, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (Art. 200º-1). El modelo del habeas corpus se innova en relación a la Constitución anterior, en tanto reconoce como el núcleo duro a la libertad individual, pero incorpora implícitamente a los derechos vinculados directamente con ella³⁵⁴.

353. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., pp. 55 ss.

354. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional*, op. cit., pp. 131-160 y; Francisco Eguiguren, *Libertad personal y detención arbitraria: las novedades en la Constitución de 1993, Ius et Veritas*, N° 10, Lima, 1995, pp. 209-215. Desde una perspectiva penal, José

Esta ampliación de la tutela de los derechos de la libertad, a través del habeas corpus, supone la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales en torno a la libertad individual, directamente tutelados por el habeas corpus como la libertad y seguridad personal, integridad personal y la libertad de tránsito –*ius movendi e ius ambulandi*–. Las cuales muchas veces son vulneradas en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho de residencia, la libertad de comunicación o inclusive el derecho al debido proceso sustantivo³⁵⁵.

La experiencia judicial de los habeas corpus en el Perú, a un nivel práctico antes que teórico, ha sido asumir una interpretación restringida de la libertad individual, en particular de la libertad física, seguridad personal, y libertad de tránsito, básicamente. A pesar de que el art. 12 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo establece enunciativamente los supuestos de la procedencia de dicha garantía. Habiendo quedado desprotegida la libertad en la mayoritaria jurisprudencia nacional, en los casos vinculados al derecho a la vida, en las demandas por detenidos-desaparecidos; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado; y a la excarcelación, en el caso del reo absuelto, entre otros supuestos³⁵⁶.

Sin embargo, con la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia en materia de protección de la libertad personal y derechos conexos a ella, fue mayoritariamente tutelar³⁵⁷, aunque ha ido variando ostensiblemente. En ese sentido, no obstante que los habeas corpus tengan un escaso desarrollo jurisprudencial, se puede encontrar jurisprudencia minoritaria e innovadora, que tiende a resolver en términos generales por el *indubio pro homine* y no *indubio pro stato*, siguiendo el derrotero de Volpe, según el cual, “los jueces controlan al legislador como resultado lógico del *Volksgemeinschaft*: hay que decir que el derecho no está en el derecho positivo sino en el espíritu y en la historia del pueblo”³⁵⁸.

Ugaz, *Libertad, seguridad personal y debido proceso*, en *ETC* N° 12..., art. cit. pp., 45 ss.

355. John Hart Ely, *On constitutional*, New Jersey, Princeton University Press, 1996, pp. 279 ss.

356. Alberto Borea, *Las garantías constitucionales: habeas corpus y amparo*, JUC, 1992; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1990.

357. V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996; en particular las ponencias de Edgar Carpio “Tribunal Constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento” y de César Landa “Libertad de tránsito y el Tribunal Constitucional”; asimismo, revisar la revista *Diálogo con la Jurisprudencia* (W. Gutiérrez, Director), Nos. 1- 4, W.G. editores, Lima, 1995 a 1997.

358. Pablo Pérez Tremps, *Tribunal constitucional y poder judicial*, Madrid, CEC, 1985, op. cit., p. 47.

2.1 Tipos de habeas corpus

En ese marco conceptual, se puede señalar que la nueva normativa constitucional abre la opción de entender el habeas corpus no de manera restringida, sino con una variada gama de matices jurídicos especiales, en función de la libertad fundamental reclamada³⁵⁹. En tal sentido:

- a. *Habeas corpus reparador*. Frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física, por orden policial, mandato judicial civil o del fuero militar, o decisión de un particular, procedería el habeas corpus *reparador*, que busca reponer las cosas al estado anterior de la violación (Art. 1 de la Ley N° 23506). Este habeas corpus es la clásica institución romana del *interdictum homine libero exhibendo*.
- b. *Habeas corpus restringido*. Ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio, cabría postular un habeas corpus *restringido*, que busque el cese de la afectación continua en tanto está conexas a la vulneración o amenaza de la libertad individual.
- c. *Habeas corpus correctivo*. En los casos de actos lesivos a la integridad personal –física, psicológica o moral–, procedería un habeas corpus *correctivo*, en tanto se busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso, o interno de instituciones totales –privadas o públicas–, como centros educativos en calidad de internados, entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc. Incluso, este habeas corpus sería extensible al caso de retención por violencia doméstica o familiar hacia las mujeres, menores de edad, ancianos y otros dependientes.
- d. *Habeas corpus preventivo*. Cuando se amenace de manera cierta y concreta, la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, cabe interponer un habeas corpus *preventivo*. La amenaza real es un asunto casuístico que debe valorar el juez, en base al principio constitucional de la presunción de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la interpretación restrictiva de la limitación de la misma, según se desprende el artículo 1° de la

359. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 236-344.

Constitución, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de sus dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

- e. *Habeas corpus traslativo*. Si se produjese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva³⁶⁰, en virtud de lo cual continuase detenido un reo, luego del plazo límite previsto en la ley para la audiencia oral, donde se resuelva sobre su culpabilidad o inocencia; o, si ya hubiese cumplido su condena y continuase en prisión, correspondería plantear un *habeas corpus traslativo*, para que sea llevado inmediatamente a la instancia judicial correspondiente, o sea liberado. En este caso, como es evidente, se busca proteger la libertad o la condición jurídica del *status* de la libertad de los procesados o condenados, afectadas por las burocracias judiciales y penitenciarias, que indebidamente pudieran estar extendiendo la restricción o privación de la libertad de los detenidos en un proceso judicial, o de los reos que ya han cumplido su condena pero siguen en cárcel.

- f. *Habeas corpus innovativo*. A pesar de haber cesado o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un *habeas corpus innovativo*, siempre que el afectado de esa manera no vea restringido a futuro su libertad y derechos conexos. En efecto, “el *habeas corpus* debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiese sido consumado”³⁶¹. Este sería el caso de una persona que es detenida arbitrariamente por la policía y expulsada inmediatamente, pero que el *habeas corpus* por ser extemporáneo podría ser declarado improcedente, por sustracción de la materia. Pero, como fue expulsado ilegalmente se entendería fundado su *habeas corpus*, para que tenga el derecho de regresar libremente y no encontrar una ficha policial, que restrinja o afecte su libertad personal por haber sido expulsado del país.

- g. *Habeas corpus instructivo*. Ante el caso de una persona detenida-desaparecida por autoridad o particular, que es imposible de ubicar; se ocasiona a la persona afectada la violación de sus derechos a la libertad, a la comunicación y por lo general a la vida y a la integridad personal. Situación perversa usualmente de la autoridad que al negar la detención, sólo quedaría la posibilidad de identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la

360. Domingo García Belaunde, *El habeas corpus en América Latina*, en REP N° 97, Julio-Septiembre, CEC, Madrid, 1997, pp. 120 ss.

361. Domingo García Belaunde, *Constitución y Política*, Lima, Eddili, 1991, p. 148.

vía ordinaria, mediante un *habeas corpus instructivo*, en base al art. 11º de la Ley 23506. Ello es posible porque “el *habeas corpus* tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida”³⁶².

De otro lado, un cambio significativo operado en el Art. 200º *in fine* de la Constitución de 1993, es el reconocimiento de las acciones de *habeas corpus* y de amparo, no obstante que se hayan declarado los estados de excepción en ese ámbito territorial³⁶³. En virtud de esta tesis del *control judicial parcial*, los jueces quedan facultados para examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, no correspondiéndole cuestionar la propia declaración del estado de excepción, tesis del *control judicial total*, sino tan sólo los actos de ejecución de la misma que afecten los derechos fundamentales. Sobre el particular

la razonabilidad: 1) es un reconocimiento implícito que la subsiisión del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática [...] significa que el resultado posible de una deducción del tipo constitucional es, cuando menos, de un amplio espectro; 2) Asegura que ninguna actuación política que se mueva dentro del sistema constitucional va a estar exenta del control del TC; 3) Posibilita que este control no suponga una usurpación de poderes constitucionalmente otorgados al resto de los órganos del Estado³⁶⁴. Por otro lado, cabe precisar que “el principio de proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados”³⁶⁵.

Esta disposición constitucional supone reconocer que en mérito de la suspensión de los derechos constitucionales, bajo los estados de excepción, éstos no queden anulados sino tan sólo restringidos en la medida de lo necesario. Necesidad que será examinada preventiva o posteriormente por el juez, a través de los *habeas corpus* o acciones de amparo que planteen los afectados por los agentes del Estado durante los estados de excepción. Se constitucionaliza así la tesis del control judicial parcial, contradiciendo la generalizada práctica judicial de la década del Ochenta, en la cual se desestimaban los *habeas corpus* en estados de emergencia, con excepciones

362. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Pez*, sentencia de 3 noviembre de 1997, mimeo. San José, Costa Rica, 1997, p. 23.

363. Guillermo Vargas, *Habeas corpus y estado de excepción*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 216 ss.

364. Angel Carrasco Perera, *El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional*, REDC, Año 4, N° 11, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1984, p. 48.

365. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 127.

jurisprudenciales³⁶⁶. En efecto, en virtud de la tesis del *poder político discrecional*, se entendía la suspensión de los derechos fundamentales en estados de excepción, como una anulación temporal y territorial de los mismos, en base a la no justiciabilidad de las decisiones políticas del gobierno por “razón de estado”³⁶⁷.

En consecuencia, en el actual modelo constitucional, el habeas corpus es factible de interponer contra actos y decisiones, no sólo de una autoridad policial o de un particular, sino también contra resoluciones de un juez común o juez militar, siempre que dichas resoluciones judiciales sean contrarias abiertamente a la libertad individual constitucional; que la afectación de la libertad se haya producido o sea inminente; que el daño sea irreparable; y, que se viole el debido proceso del detenido. Al respecto, dado que el habeas corpus cubre no sólo a la libertad individual sino a los derechos conexos a ella, según dispone el artículo 200°-1 de la Constitución, resulta evidente que la libertad de una persona puede ser y es afectada usualmente, con decisiones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales del debido proceso, que a continuación se identifican.

2.2 Garantías del debido proceso

La constitucionalización del debido proceso, en el artículo 139°-3 de la Constitución de 1993, se inspira en el *due process of law*, que se descompone en *el debido proceso sustantivo*, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y *el debido proceso adjetivo*, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales³⁶⁸. *El debido proceso sustantivo*, también se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables, mientras que *el debido proceso adjetivo* alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia³⁶⁹.

Lo cierto es que este derecho encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales, que se ubican en las cuatro etapas esenciales del proceso

366. Samuel Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional, habeas corpus y amparo*, op. cit., pp. 103, 141-146, 150-161 y 215-219.

367. Diego García-Sayán, *Habeas corpus y estados de emergencia*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1989.

368. John Hart Ely, *On constitutional ground...*, op. cit., pp. 311 ss; asimismo, John Nowak y Ronald Rotunda, *Constitutional law*, St. Paul., Minn., 1995, pp. 380-451.

369. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2..., op. cit., pp. 328 ss.

penal: acusación, defensa, prueba y sentencia, sin perjuicio de las garantías a la tutela judicial (ver más adelante punto 3.2.2.), que se traducen en otros tantos derechos que a continuación se plantean³⁷⁰:

- a. *Derecho de información.* Es el derecho a ser informado de las causas de la detención, en forma inmediata y por escrito, según disponen reiterativamente los incisos 14 y 15 del artículo 139º de la Constitución.
- b. *Derecho de defensa.* Es el derecho a defenderse de la acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir al defensor, obligatoriedad del defensor de oficio y defensa eficaz, facultades establecidas en el inciso 14 del artículo 139º de la Constitución.
- c. *Derecho a un proceso público.* La publicidad de los procesos permite el control de la eventual actuación parcial de los jueces, lo cual “fue un ideal liberal de sustraer al individuo a los arbitrios de las prisiones secretas, a los arbitrios de las torturas...”³⁷¹. Pero, si bien la publicidad permite el control de la opinión pública a los procesos existen también procesos reservados de acuerdo a ley. Sin embargo, los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa o por derechos fundamentales, son siempre públicos, según establece el inciso 4 del artículo 139º de la Constitución.
- d. *Derecho a la libertad probatoria.* Se parte del supuesto de que quien acusa debe probar judicialmente su acusación, sin embargo, en los casos en que los delitos son atribuibles a los agentes del Estado y éste con el poder disciplinario que tiene no ofrece u oculta al Poder Judicial las pruebas de la responsabilidad de su funcionario, podría operar la libertad probatoria en contrario. Fundándose en que “la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”³⁷². Es decir, la carga de la prueba recaería sobre el Estado demandado.

370. Francisco Fernández Segado, *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción*, en *RGD*, N° 600, Valencia, 1994, pp. 9257-9284.

371. Mauro Cappelletti, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América, , 1974, p. 25.

372. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegria y otros, Sentencia del 19 de enero de 1995*, mimeo, San José, Costa Rica, 1995, p. 21; Germán Bidart Campos, *El Derecho Constitucional Humanitario*, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 11-38.

- e. *Derecho a declarar libremente.* No sólo es la facultad de declarar sin presión, malos tratos, tratos humillantes o tortura, sino que las pruebas obtenidas de esta manera son ilícitas, según lo establece el artículo 2º-24-h de la Constitución. En ese sentido, estas confesiones o testimonios inconstitucionales, producen la nulidad del proceso y si éste ha vencido, a la indemnización de las víctimas.
- f. *Derecho a la certeza judicial.* Es el derecho de todo justiciable a que las sentencias estén motivadas, es decir, que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según dispone el artículo 139º-5 de la Constitución. De aquí se desprende el derecho de cualquier persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo *—non bis in idem—*.
- g. *Derecho a la cosa juzgada.* Si bien la figura de la cosa juzgada está reconocida indirectamente en el artículo 139º, incisos 2 y 13 de la Constitución, existe doctrina, legislación (art. 361º del Código de Procedimientos Penales y el art. 178º del Código Procesal Civil) y práctica judicial, en virtud de la cual la cosa juzgada tiene que haber sido arreglada y de conformidad con el derecho para que sea válida³⁷³. Por cuanto, la finalidad de la cosa juzgada debe siempre ser asegurar el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos³⁷⁴.

Finalmente, cabe señalar que el habeas corpus se tramita ante los jueces comunes y sus Cortes Superiores, sin embargo, al amparo de la Ley N° 26955, el gobierno ha dictado el Dec. Leg. N° 895, que faculta a los jueces militares del Fuero Privativo Militar a resolver los habeas corpus de los acusados por delitos en banda, asimilándolos antijurídicamente al delito de terrorismo, y, al amparo del Dec. Leg. N° 900, se somete al habeas corpus en Lima y Callao a la jurisdicción de los jueces especializados de Derecho Público. Ambas disposiciones son inconstitucionales, por cuanto, primero, las garantías constitucionales es una materia que solo puede ser regulada por ley orgánica, según dispone el artículo 200º de la Constitución; segundo, porque el fuero militar sólo juzga delitos de función militar y no delitos comunes; y, tercero, porque restringir el acceso a la justicia atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional³⁷⁵. Sin embargo, cabe señalar también que cuando las

373. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial...*, op. cit., pp. 575 ss.; Roger Zavaleta, *Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso*, ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, PUCP, Lima, Editora Normas Legales, 1996, pp. 33-38.

374. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944, pp. 216-218.

375. Defensoría del Pueblo, *Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley N° 26955*, en <http://www.mbudsman.gob.pe>.

sentencias sean estimatorias de la libertad de los accionantes causarán estado de cosa juzgada. De lo contrario, si sus fallos son denegatorios, el habeas corpus se resolverá en última instancia por el Tribunal Constitucional.

3 ACCIÓN DE AMPARO

La Constitución de 1993 ha mantenido la garantía constitucional de la acción de amparo, reconocida constitucionalmente por vez primera en la Constitución de 1979³⁷⁶. Procede la Acción de Amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos a los de la libertad individual o conexos a ella. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, señala el inciso 2 del artículo 200° de la Constitución. No obstante, cabe señalar algunos comentarios.

3.1 Amparo contra normas y resoluciones judiciales

La relativa novedad constitucional, en materia del amparo, es que no procede esta acción contra las normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, disposición que ya se encontraba recogida indirecta y directamente en los Arts. 3° y 6°-2 de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, respectivamente.

En ese entendido, si bien la acción de amparo no cabe plantearla contra las normas generales, en cambio sí se puede accionarla, en todo caso contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con motivo de la aplicación de dichas normas. De modo que el impedimento constitucional es de interponer acción de amparo contra las normas legales en abstracto –*abstrakte Normenkontrolle*– y no en vía incidental –*konkrete Normenkontrolle*– o mediante un acción de amparo –*Verfassungsbeschwerden*–³⁷⁷.

Sin embargo, la práctica legislativa peruana ha dado lugar a la dación de leyes que no siempre emanan de un procedimiento regular, ni que responden al principio de la generalidad, abstracción, impersonalidad y atemporalidad, debido a las exigencias propias del Estado contemporáneo. Por el con-

376. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario...*, op. cit., pp. 435-438.

377. Francisco Fernández Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú; aproximación a la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 102-103.

trario, en las últimas décadas los gobiernos han entendido que demandan de leyes medida o concretas, con destinatarios particulares y de aplicación inmediata³⁷⁸, lo que ha afectado derechos fundamentales, incluso sin necesidad de que medien actos materiales de ejecución de las normas legales. Si bien estas leyes-medida pueden afectar derechos fundamentales de una persona, ésta no puede interponer directamente una acción de inconstitucionalidad, ya que no tiene legitimidad procesal activa para demandar directamente la inconstitucionalidad de dicha ley, salvo que reúna 5 mil firmas. Esto plantea la cuestión de la procedencia o no de la interposición de una acción de amparo contra una ley de contenido particular, admitida en el derecho constitucional comparado³⁷⁹.

Al respecto, cabe recordar el uso y abuso gubernamental en la afectación de los derechos fundamentales a particulares mediante ley, como fueron los casos de las leyes de expropiación en favor del Club Yurimaguas; la expropiación de un predio en Chanchamayo, accionadas por el Fiscal de la Nación y resueltas por el Tribunal de Garantías Constitucionales; los decretos leyes dictados en 1992, mediante los cuales se destituyeron a magistrados judiciales y demás funcionarios; asimismo, los decretos leyes que resolvieron legislativamente contratos del Estado con particulares, prohibiéndoles a los afectados la interposición de acciones de amparo. Pero también hay ejemplos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso, que han afectado legislativamente a personas en concreto, como la intervención gubernamental de la Universidad Particular San Martín de Porres, el receso de la Universidad Privada Los Angeles, o la modificación de los contratos de estabilidad tributaria celebrados por empresas particulares con el Estado³⁸⁰.

No cabe duda que si la Constitución de 1993 impide expresamente la procedencia del amparo contra normas legales, esto debería ser interpretado restrictivamente, en tanto que la ley tiene un valor democrático y constitucional que no puede ser vulnerado, por vías paralelas, mediante leyes-medida que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos en particular. Si bien la Constitución peruana ha tomado partido por una concepción formal de ley, que hace depender su validez del órgano y el cumplimiento de los

378. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudio sobre el estado constitucional y el constitucionalismo en el Estado social...*, op. cit., pp. 312 ss.

379. Peter Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en JöR, 45, 1997, p. 109, hay traducción al castellano de C. Ruiz Miguel, en P. Häberle, *El recurso de amparo en el sistema germano-federal*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., p. 252.

380. César Landa, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional...*, art. cit., pp. 86-89; asimismo, Samuel Abad, *El amparo contra leyes*, en LAC, N° 3, Lima, 1994, p. 14.

procedimientos competentes³⁸¹, ello no garantiza que las leyes vayan a ser generales, abstractas e intemporales, sino que por el contrario pueden vulnerar, como lo han venido haciendo, cualquier derecho fundamental de las personas, sin posibilidad de accionar directamente en la vía judicial contra ellas.

De modo que no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente, mediante la acción de amparo contra estas leyes autoaplicativas, que no requieren mediación de actos para vulnerar sus derechos fundamentales; legitimidad procesal activa que sí existe en otras experiencias comparadas, no tan lejanas como el amparo mexicano contra leyes³⁸².

Entre tanto, bien podría el Defensor del Pueblo, como uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad y encargado de proteger los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, plantear acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, a fin de salvar la indefensión a la que se encontraría el afectado. Sin perjuicio, que el afectado interponga una acción de amparo como control concreto, contra los actos derivados de la aplicación de la norma legal violatoria, en función del principio del *preferred position* de los derechos fundamentales sobre las leyes medida de carácter patrimonial, por ejemplo.

Pero, este no es el único supuesto concebido para la interposición del amparo, sino también que las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho constitucional. Si bien “la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal)”³⁸³, se da la excepción de la procedencia de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales, siempre que este proceso judicial se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de la tutela judicial y el debido proceso.

De esta suerte, “el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo tiene

381. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., pp. 83-84.

382. Jorge Carpizo, José Cossío, Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional en México*, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica...*, op. cit., pp. 762 ss.

383. Domingo García Belaunde, *El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas*, LTC N° 6, Lima, 1992, pp. 77-78; asimismo, Samuel Abad, *Procede el amparo contra resoluciones judiciales?*, en LTC, N° 2, Lima, 1988.

tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal³⁸⁴. Lo que supone que el Tribunal Constitucional, por vía directa del amparo o vía indirecta de contradicción de un proceso judicial ordinario —demandada también a través de la acción de amparo— resuelva en la práctica acerca de las resoluciones judiciales que han violado los derechos fundamentales y en particular de la tutela judicial y el debido proceso.

3.2 Garantías de la tutela judicial

Resulta importante delinear los principios y derechos que tutelan un proceso judicial, debido a que la mayoría de las acciones de amparo recaen contra sentencias judiciales. En tal sentido, se puede señalar que en nuestro sistema constitucional se encuentran sentadas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función del cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional³⁸⁵; sin perjuicio de las garantías del debido proceso (ver más arriba el punto 3.1.2.).

Si se parte de concebir que el Poder Judicial es constitucionalmente el organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, le corresponde entonces asegurar el derecho que reclamen los justiciables, para lo cual es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales básicas. En virtud de lo cual se pueden ejercer enunciativamente los siguientes principios y derechos implícitos o explícitos³⁸⁶:

- a. *Derecho de acceso a la justicia*. Es el derecho de poder acudir ante los jueces y tribunales, para obtener de ellos una sentencia o mandamiento judicial. El derecho a la acción viabiliza este derecho a la jurisdicción, que también es un deber porque el ciudadano está vinculado al ordenamiento jurídico, según el artículo 38º de la Constitución. En consecuencia, “si una ley incurre en cualquier violación del derecho a la tutela judicial efectiva [...] será una ley inconstitucional”³⁸⁷.

384. Domingo García Belaunde, *El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas*, en LTC, N° 6, p. 66.

385. Miguel Aparicio Pérez, *La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional*, en RCEC, N° 3, Mayo-Agosto, Madrid, CEC, 1989, pp. 71 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción*, en RGD, N° 600..., art. cit., pp. 9236-9257.

386. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, op. cit., pp. 340 ss.

387. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, p. 267.

- b. *Derecho a la instancia plural.* Aquí radica el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, ante instancias superiores de revisión final, para lo cual, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139°-6 de la Constitución. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las resoluciones denegatorias de las garantías constitucionales, según el artículo 202°-2.
- c. *Principio de igualdad procesal.* En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes: los abogados, el fiscal, el abogado de oficio, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del artículo 2°-2 de la Constitución.
- d. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.* Se trata de administrar justicia rápida dentro de lo razonable. Lo razonable será establecido por el juez en la medida del tipo de proceso en retraso, según se trate de una violación grave de derechos fundamentales o de un proceso administrativo no contencioso. También cabe advertir que la justicia rápida, como la que realiza el fuero privativo militar, no siempre es garantía de respeto de los derechos del procesado, que toda jurisdicción debe asegurar.
- e. *Deber judicial de producción de pruebas.* Los magistrados deben extremar sus cuidados para obtener las pruebas, diligenciarlas y darles su mérito probatorio en la sentencia.

3.3 Medida cautelar

Un tema que hacía potencialmente eficaz a la acción de amparo, es la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordene judicialmente la suspensión provisional del acto reclamado, en la medida que se busque evitar que se consume el daño, según disponía la Ley N° 23506³⁸⁸. En efecto, la concesión de la medida cautelar con la demanda, supuso que se adelantaba un juicio sobre la comprobación de un hecho, que si bien era discutido en el proceso del amparo, quedaba a resultas de una posterior y definitiva resolución. Siempre que a juicio interpretativo del magistrado, la demanda se hubiese interpuesto para evitar que se cause un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios a las personas, y que la medida

388. Juan Monroy Gálvez, *La medida cautelar en el proceso de amparo peruano*, en LTC N° 3, Lima, 1989, en la misma revista, revisar entre otros artículos sobre el tema a: Domingo García Belaunde, *Las vueltas del amparo*, pp. 121.127.

cautelar estuviese dirigida a impedir que el fallo definitivo termine siendo inejecutable³⁸⁹.

Sin embargo, en virtud del Decreto Ley N° 25433 se ha procedimentalizado la medida cautelar, disponiendo el traslado de la demanda cautelar a la otra parte, la intervención del fiscal, la apelación del auto concesorio en doble efecto y, finalmente, que la medida de suspensión ordenada no debe implicar la ejecución de lo que es materia del fondo de la acción de amparo. Con lo cual prácticamente, la eficacia e inmediatez del amparo ha quedado cercenada desde entonces.

Esta anulación de la medida cautelar del amparo se ha debido al abuso judicial del mismo, sin embargo, la medida cautelar no busca entorpecer la vigencia de las normas, o la ejecución de las sentencias judiciales. Aún cuando se haya hecho ese uso en materia de resoluciones judiciales, y de manera extraordinaria para la inaplicación de leyes autoaplicativas e inclusive proyectos de leyes, sino asegurar la protección antelada de un derecho fundamental. En la actualidad, las virtudes originales de la medida cautelar del amparo han sido introducidas a las normas del proceso civil.

4 HABEAS DATA

La Constitución de 1993 incorpora por primera vez la garantía constitucional del habeas data, tomado del derecho constitucional comparado³⁹⁰ pero de manera singular. Por cuanto, la protección del “derecho a la autodeterminación informativa”³⁹¹ ha aparecido a finales de los años sesenta en los países informatizados o computarizados, como una manifestación de la tutela del derecho a la intimidad frente a la vorágine de la obtención, registro y procesamiento de datos personales de los sistemas informáticos públicos y privados³⁹².

389. Juan Monroy Gálvez, *La medida cautelar en el proceso de amparo peruano*, en LTC N° 3, Lima, 1989, pp. 109-112; Samuel Abad, *La medida cautelar en la acción de amparo*, en Derecho, Nos. 43-44, op. cit., pp. 409-414; asimismo, Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 175 ss. .

390. Diomar Ackel Filho, *Writs constitucionais (Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 111-127.

391. Pablo Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 147-196; asimismo, David O'Brien, *El derecho del público a la información, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América y la primera enmienda constitucional*, México, 1983, pp. 144-155.

392. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 345 ss.

Sin embargo, en la Constitución de 1993, se incorporó el habeas data fundamentalmente como una garantía tutelar del derecho a la información de los ciudadanos, y de la defensa del derecho a la intimidad; motivo por el cual, el habeas data podía ser invocado en los siguientes supuestos:

- a. El derecho a solicitar información de las personas naturales y jurídicas a cualquier entidad pública, con excepción de informaciones relativas a la intimidad, seguridad nacional u otros límites que establezca la ley (Art. 2°-5).
- b. El derecho de las personas naturales y jurídicas a que los servicios informáticos o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (Art. 2°-6).
- c. El derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (primer párrafo del Art. 2°-7).
- d. El derecho de rectificación de forma gratuita, inmediata y proporcional en los medios de comunicación, por afirmaciones inexactas o agraviantes contra una persona (segundo párrafo del Art. 2°-7).

Estos derechos consagrados en el art. 2°, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución, con caracteres de valores y principios constitucionales³⁹³, eran pasibles de protección mediante el habeas data, en virtud de lo dispuesto en el art. 200°-3 de la Constitución. Sin embargo, en 1995 la Constitución fue rápidamente reformada por Ley N° 26470, como se explica a continuación, eliminando el inciso 7 del art. 2° de la Constitución de la protección del habeas data, relativo al derecho a la rectificación en los medios de comunicación, desvinculando así el habeas data de la tutela del derecho a la intimidad, cuando es afectada por los medios de comunicación³⁹⁴.

En efecto, en 1994 el Poder Judicial admitió las dos primeras acciones de habeas data, procesándolas y desestimándolas ante la falta de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales que normase ese nuevo proceso constitucional. Estos procesos, pusieron en evidencia en el debate de los medios de comunicación los alcances peligrosos del habeas data en relación al derecho a la libertad de expresión. Como también los peligros al derecho a la

393. José María Desantes, *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*, Piura, UP, 1992, pp. 41-49.

394. Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981, pp. 30-43.

intimidad personal y familiar de algunos medios de comunicación social que abusan de la libertad de expresión.

En ese entonces, los habeas data se interpusieron ante juzgados penales. El primero por la negativa del pedido del abogado Paz de la Barra, para que un programa político del Canal 4 de televisión rectificase la información vertida en una de sus emisiones, en la cual se le involucraba como asesor virtual en la adquisición de unos bonos para el Centro Latinoamericano de de Asesoría Empresarial (CLAE), dirigido por el empresario Carlos Manrique (en ese entonces prófugo de la justicia nacional), insinuación que Paz negaba enfáticamente.

El segundo caso de habeas data, se originó por la negativa de los diarios *El Comercio*, *La República*, *El Expreso* y otros, de publicar una carta en calidad de réplica del abogado Sanguinetti –habiéndose ya publicado una primera rectificatoria–, en relación a los supuestos comentarios críticos que realizaron dichos diarios al informar que “la Novena Sala Penal Superior había revocado su acción de habeas corpus contra un grupo de alcaldes distritales por ocupación de la vía pública”.

Estas dos acciones de habeas data fueron desestimadas judicialmente, por no ser la vía penal la adecuada, al no haberse agotado la vía previa del pedido de rectificación y por no existir una ley que desarrolle dicha garantía constitucional³⁹⁵. Estas razones y la presión de los medios de comunicación, movilizaron urgentemente a la mayoría parlamentaria a dictar la Ley Nº 26301 Ley de Habeas Data y Acción de Cumplimiento, dirigida por un lado fundamentalmente, a regular que el trámite de dichas acciones sea la vía civil, así como también en caso de que el habeas data se plantease contra un medio de comunicación, se permita el apersonamiento del apoderado. Por otro lado, para que la acción de habeas data se procese siguiendo los trámites para la acción de amparo, en lo que fuere aplicable.

Asimismo, mediante reforma constitucional realizada el 12 de abril de 1995, por Ley Nº 26470 del Congreso Constituyente Democrático, se modificó el art. 200°-3 de la Constitución que regula al habeas data; eliminándose el supuesto de la protección del derecho a la intimidad y/o el derecho a la rectificación que tiene «toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social...», establecido en el art. 2º inciso 7 de la Constitución. Se impidió así, la posibilidad de que mediante

395. Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional...*, op. cit., pp. 83 ss.; asimismo, Samuel Abad, *Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales*, en LTC, Nº 10, Lima, 1994, pp. 270-272.

el Art. 2º-7 vuelvan a colisionar concretamente el derecho a la rectificación con el derecho a la libertad de expresión, cuando ese fuese reclamado preventivamente; habida cuenta que en materia de libertad de expresión, la Constitución prohíbe (Art. 2º-4) cualquier tipo de censura o impedimento previo alguno³⁹⁶.

En efecto, ante la amenaza de violación del derecho al honor por un medio de comunicación social, podía interponerse un habeas data preventivo para impedir que se propale dicha información. Sin embargo, esta postura entraba en confrontación con lo establecido en el art. 2º inciso 4 de la Constitución, que garantiza el ejercicio de

las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...]. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común... Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o lo impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

Pero es del caso mencionar que el derecho a la intimidad del art. 2º-7, no queda en indefensión por la reforma constitucional dictada sino que, a nivel de su protección constitucional, cabría plantear residualmente una acción de amparo, inclusive de carácter preventivo, según dispone el art. 200º-4 de la Constitución. Dejando a salvo el ejercicio de las acciones judiciales ordinarias del presunto afectado, a fin de que el juez determine las responsabilidades civiles de ley. Más aún, el agravio o la afectación mencionada podría tornarse en un supuesto de responsabilidad penal contra el autor y/o responsables de la información del medio de comunicación, si se determinase judicialmente que hubo difamación o injuria grave, mediante la difusión de la información denunciada³⁹⁷.

En consecuencia, si la Constitución ofrece el derecho de rectificación, y en todo caso la responsabilidad penal por los delitos de prensa, es lógico entender que para la libertad de información no exista ningún tipo de limitación o censura previa, sino responsabilidad posterior en caso que el ejercicio de esa libertad vulnere derechos fundamentales de las personas. De lo

396. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 175 ss.; asimismo, Néstor Pedro Sagües, *Habeas data: alcances y problemática*, en *Ius et Praxis* N° 25, op. cit. pp. 16-17.

397. P. Barroso Asenjo, *Límites constitucionales...*, op. cit., pp. 56-57.

contrario, entender que antes el habeas data o ahora la acción de amparo protege el derecho de rectificación, incluso de manera preventiva según se desprendería del art. 200°-4 de la Constitución, significaría consagrar virtualmente en la Constitución de 1993 la posibilidad del impedimento o censura previa de la libertad de expresión, situación que se encuentra expresamente prohibida en el art. 2°-4 de la propia Constitución. Más aún, si el derecho a la intimidad y al honor personal y familiar puede ser exigido que se respete en los medios de comunicación, mediante la vía del amparo correctivo o mediante procesos ordinarios civiles y penales.

En ese sentido, el proceso constitucional del habeas data se presenta sólo como una garantía constitucional que protege el derecho a la “autodeterminación informativa”, compuesta del derecho al acceso a la información pública y el derecho a que la información computarizada no sumistre datos que afecte el derecho a la intimidad personal y familiar, establecidos en el Art. 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución y los tratados internacionales de los que el Perú es parte³⁹⁸. Entonces, desde una perspectiva analítica y reflexiva, se puede señalar que los objetivos del habeas data son:

- a. *Acceder a la información.* Se garantiza el derecho de cualquier persona a conocer los datos o registros no sólo respecto de ella, que se encuentren en archivos estatales o en bancos de datos informatizados públicos o privados, que sean factibles de publicidad a terceros.
- b. *Actualizar la información.* Se permite que la persona no solamente conozca los datos, sino que ponga al día la información registrada, corrigiendo la información caduca u obsoleta referida a ella.
- c. *Rectificar la información.* Se busca enmendar la información inexacta, errónea o inapropiada, tanto porque afecta directamente el derecho a la intimidad del interesado, como por que afecta el derecho a la verdad de los ciudadanos.
- d. *Excluir información.* Se trata de borrar o impedir la difusión de información sensible que afecte el derecho a la intimidad³⁹⁹; como son los datos sobre el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, estado de salud, vida sexual e inclusive condenas penales.

398. CAJ, *Protección de los Derechos Humanos*, Lima, 1997, pp. 173-303.

399. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 356. Néstor Pedro Sagüés, *Hábeas data: su desarrollo constitucional*, en LTC, Nº 3, Lima, 1994, pp. 90-92.

Finalmente, el proceso constitucional del habeas data se estructura básicamente conforme a las normas de la acción de amparo, según la Ley N° 26301. De ahí que la legitimidad para obrar requiere de legítimo interés informativo, que puede ser moral, económico o estadístico. Sin embargo, antes de iniciar el proceso constitucional del habeas data, se debe requerir extra-judicialmente a la persona natural, jurídica o autoridad, para que cumpla notarialmente con lo solicitado. Pero si se tratase de una persona natural, podrá ser emplazado directamente ante el juez civil de turno.

5 ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El artículo 200º inciso 6 de la Constitución peruana de 1993, señala 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»⁴⁰⁰.

La acción de cumplimiento, es una garantía constitucional que actúa sobre la base de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos, y segundo, la legalidad de los actos administrativos. Pero no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sean aprobados, cumpliendo los requisitos formales de la norma y que además estén conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución y en la ley, sino que tengan vigencia. En este sentido, la acción de cumplimiento esencialmente busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de las normas legales y actos administrativos por parte de la autoridad, en un derecho fundamental de los ciudadanos.

Esta nueva garantía constitucional pretende que el Estado de Derecho, consagrado en la Constitución, según los artículos 38º (relativo al deber de los ciudadanos de respetar el ordenamiento jurídico), 51º (referido a la supremacía de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre los decretos) y, 138º (concebido para que los jueces puedan hacer el control judicial de las leyes), no sean normas meramente declarativas que reconocen la existencia de un sistema de fuentes del derecho, sino que la misma sea eficaz creando un proceso constitucional especial en caso de incumplimiento.

No obstante, la Ley N° 26301, Ley de Habeas Data y de la Acción de Cumplimiento, consagra apenas dos disposiciones procesales para su ejecu-

400. César Landa, *La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993*, *Revista del Foro*, CAL, Año LXXXI, N° 1, Lima, CAL, Lima, 1993, pp. 53 ss.

ción judicial, relativas al requerimiento notarial a la autoridad pertinente, para el cumplimiento de la norma legal que se considera debida; el cumplimiento del correspondiente acto administrativo, o hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, antes de interponer la acción de garantía, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La acción de cumplimiento incorporada por primera vez en nuestro sistema constitucional, y tomada del sistema colombiano⁴⁰¹, encuentra sus antecedentes en el derecho constitucional comparado; en particular, en el derecho anglosajón⁴⁰², donde según el viejo derecho inglés, el *writ of mandamus*, “se expide por las cortes [...] a cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, para que cumpla con sus funciones en caso de pasarlas por alto”⁴⁰³.

En tal sentido, el cumplimiento de los mandatos legales y administrativos, si bien es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, se convierte ahora también en un derecho subjetivo de los ciudadanos. Con la suficiente validez para demandar judicialmente la expedición de una orden o mandato judicial de cumplimiento que compela, tanto a las autoridades y funcionarios públicos como a los particulares que prestan servicios públicos, cuando éstas se resistan a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan⁴⁰⁴.

La ley orgánica que reglamente plenamente esta nueva garantía constitucional, o la jurisprudencia que sobre la materia, sin perjuicio de los contenidos básicos del proceso de acción de cumplimiento⁴⁰⁵, podría tomar en cuenta lo siguiente:

- a. Definir taxativa o enunciativamente los tipos de normas legales y actos administrativos específicos, cuyo incumplimiento baste para la interposición de esta garantía constitucional, y no sólo mencionar de manera genérica a éstos, como lo ha hecho la ley comentada.

401. Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 42.

402. Hilaire BARNETT, *Constitutional and administrative law*, Great Britain Covendish Publishing Ltd., , 1996, pp. 784.

403. H.H.A. COOPER, *Diez ensayos sobre el common law*, UNMSM, Editorial Universo, Lima, 1967, p. 123; asimismo, revisar Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú...*, *op. cit.*, p. 58.

404. César LANDA, *La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993*, *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, 1993, p. 55.

405. Ernesto REY y María RODRÍGUEZ, *La acción de cumplimiento en el Perú*, en *RJP*, Año XLVIII, N° 16, Julio-Setiembre, Trujillo, 1998, pp. 89-105; asimismo, Víctor Julio ORTECHO, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 211-214.

- b. No debería exigirse a los accionantes el agotamiento de las vías previas, salvo que se trate de actos administrativos, ya que en estos supuestos se cuentan con los recursos impugnatorios que confieren las normas generales sobre procedimientos administrativos. Pero en el caso del manifiesto incumplimiento de una norma legal, por parte de la autoridad o funcionario, podría accionarse directamente la acción de cumplimiento. Es decir, si la acción de cumplimiento debe ser una acción residual, excepcionalmente no se debería requerir el agotamiento de las vías previas.
- c. Otorgar medidas cautelares provisionales, siempre que la demanda se haya interpuesto, para evitar que se cause un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios. Pero, en cualquier caso, debería instaurarse la cautela o contracautela, con fianzas patrimoniales, que disuadan los recursos obstruccionistas de la justicia constitucional.
- d. Si la acción de cumplimiento fuese declarada fundada, demostraría en principio la responsabilidad de la autoridad o funcionario en el incumplimiento de las normas legales. Lo que salvo falsa o errónea interpretación o inaplicación de las normas, habría responsabilidad del funcionario o autoridad, esto es, el desconocimiento, el abuso o desviación de poder, debería ser materia de sanción legal en el procedimiento judicial que corresponda, a nivel penal, civil o administrativo.

Finalmente, es interesante vincular la acción de cumplimiento y la acción de amparo desde dos perspectivas: una, como vías paralelas, y la otra como vías en conflicto. En tal sentido, se puede concebir la acción de cumplimiento como una vía paralela de la acción de amparo, por cuanto ésta protege directamente derechos fundamentales subjetivos y concretos de rango constitucional. En todo caso, se interpone para impedir que los efectos de una norma se apliquen a una persona por lesionar derechos constitucionales, siendo que la acción de cumplimiento protege derechos infraconstitucionales, como es la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Que se caracteriza básicamente por ser un derecho objetivo, pero con un componente subjetivo subsidiario y no menos importante, en tanto que el incumplimiento de dichas normas y actos afecta derechos líquidos y concretos de los ciudadanos⁴⁰⁶.

Sin embargo, se podría presentar el caso de vías en conflicto, cuando una persona demande en vía de la acción de amparo que no se aplique una norma legal que afecta sus derechos fundamentales, mientras que la persona

406. Jorge Danós, *El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la constitución peruana de 1993*, en LTC N° 3, Lima, 1994, pp. 206 ss.

demandada podría interponer una acción de cumplimiento, para que la autoridad o funcionario cumpla, o no sea renuente de cumplir con dicha norma o acto administrativo, que seguramente le otorga o reconoce un derecho. Por ejemplo, en el caso de la intervención del gobierno a la Universidad Particular San Martín de Porres mediante Ley N° 26251 del Congreso, la Comisión Interventora creada por ley no pudo ocupar ni cumplir sus funciones, por impedimento de las autoridades destituidas. Sucedió que las autoridades plantearon una acción de amparo para que no se aplique la norma legal, en tanto violaba el derecho constitucional a la autonomía universitaria. La Comisión Interventora evaluó al parecer, plantear una acción de cumplimiento, para que se aplique la ley en mención por los funcionarios universitarios.

Pues bien, de haberse concretado la acción de cumplimiento, sobre el mismo bien jurídico en conflicto, podrían haber habido sendas sentencias estimatorias. Lo cual, luego de las apelaciones correspondientes, sólo hubieran podido ser integradas uniformemente ante el Tribunal Constitucional, si es que hubiesen recibido en segunda instancia sentencias desestimatorias a sus respectivas demandas. En tal situación, el Tribunal Constitucional como instancia final de fallo de las resoluciones denegatorias de las acciones de amparo y de cumplimiento, entre otras, hubiera podido integrar jurisprudencialmente ambas acciones llegadas con resoluciones judiciales en contra. Lo cierto es que la Universidad San Martín de Porres obtuvo sentencia favorable del Poder Judicial a su acción de amparo, y la comisión gubernamental no pudo intervenir la mencionada universidad particular⁴⁰⁷.

6. ACCIÓN POPULAR

La Constitución de 1993 ha regulado en el artículo 200° inciso 5, la acción popular dentro de las garantías constitucionales⁴⁰⁸. Al respecto, el mencionado artículo señala que: “la acción popular, 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 emanen”. Si bien las demás garantías constitucionales son resueltas en última instancia por el Tribunal Constitucional, la Constitución ha omitido indicar que este proceso constitucional sea de competencia del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, como a este poder se le otorgó en la

407. Corte Superior de Lima, *Sentencia de la acción de amparo, en los seguidos por Universidad San Martín de Porres con Superior Provincial de la Orden Dominica y otros*, Expediente N° 020-95, p. 6.

408. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales...*, op. cit., pp. 221 ss.

Constitución de 1979 y en la Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular, aún vigente.

La acción popular por sus orígenes históricos, que se remontan al siglo XIX, ha sido usualmente entendida como el recurso para formular denuncias contra las autoridades que cometían infracciones y delitos contra los deberes de función, a fin de que fueran procesadas y sancionadas. Al respecto se puede ver el artículo 157° de la Constitución de 1920 y en el artículo 231° de la Constitución de 1933, como últimos antecedentes, pero en estos casos la acción popular tenía un carácter procesal penal⁴⁰⁹. Sin embargo, será a partir del artículo 133° de la Constitución de 1933, el artículo 295° de la Constitución de 1979 y el artículo 200-5 de la Constitución de 1993, que se regula la acción popular como una garantía constitucional⁴¹⁰.

La acción popular, como garantía constitucional, cabe definirla como un proceso constitucional de tipo jurisdiccional, encargado del control constitucional y legal contra las normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley. Es decir, como garantía constitucional tiene una serie de características sustantivas y procesales que permiten delimitar sus alcances y eficacia normativa.

Desde el punto de vista sustantivo, la acción popular está estrechamente vinculada a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, en la medida que su propósito también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero examinando las normas inferiores a la ley. En ese sentido, mediante la acción popular, los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad con carácter general de la norma infralegal que sea contraria a la Constitución y a las leyes. Este control abstracto de constitucionalidad y legalidad, sin embargo, no concluye en la expulsión judicial de la norma infractora del ordenamiento jurídico, sino que los jueces sólo pueden declararla inaplicable parcial o totalmente, pero con efectos generales, que casi es lo mismo a declararla nula.

Al respecto, cabe mencionar que el control de los decretos, reglamentos y demás normas administrativas, debe realizarse no sólo en relación a las

409. Manuel Alvarez Simonetti, *El petitorio de inconstitucionalidad por acción popular*, Tesis de Bachiller, PUCP, Lima, 1974; asimismo, Jorge Danós y Martha Souza, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*, en F. Eguiguren (editor), *La Constitución Peruana de 1979...*, op. cit., pp. 322 ss.

410. Carlos Parodi Remón. *La defensa de la legalidad en la Constitución Política del Perú de 1979*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, Derecho Constitucional..., op. cit., pp. 568-569.

normas constitucionales y legales, sino también a las sentencias del Tribunal Constitucional que hayan desde luego estimado o desestimado la declaración de una ley como inconstitucional. Es tan necesaria la unidad jurisprudencial en materia constitucional, que el artículo 39° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución”.

En cuanto los aspectos procesales, cabe mencionar que siendo la protección del orden constitucional y legal valores supremos no sólo del Estado, sino también de la sociedad, la legitimidad procesal activa es aformal y material. Es decir, cualquier ciudadano puede incoar disposiciones reglamentarias y administrativas ante el Poder Judicial, por inconstitucionales e ilegales, incluso los ciudadanos extranjeros residentes en el país pueden ser titulares de esta acción, así como también el Poder Judicial debe tutelar ese derecho a la acción de cualquier ciudadano⁴¹¹.

A diferencia de la acción inconstitucionalidad con la acción popular se puede dar el control previo de constitucionalidad. También contra las normas reglamentarias y administrativas que no han entrado en vigencia, es decir, a aquellas que no han sido aún publicadas en el diario oficial, se puede interponer un proceso de acción popular⁴¹². Esta disposición del artículo 5° de la Ley N° 24968, permitirá el control constitucional y legal contra normas administrativas secreta. Sin embargo, esta posibilidad no significa en la práctica que preventivamente cualquier ciudadano pueda iniciar una acción popular, en la medida que no existe ley que obligue a las autoridades administrativas a la pre-publicación de la normas que van a dictar, para conocimiento, opinión o críticas de los interesados; sino que depende del conocimiento de dicho proyecto o norma secreta, que ha pedido del conocimiento oficial del juez deja de tener ese carácter.

Como quiera que el plazo para incoar la acción popular contra las normas administrativas prescribe a los 5 años, si se trata de normas constitucionales, y de 3 años si se trata de normas legales, según dispone el artículo 6° de la Ley N° 24968, eso no impide que luego de la prescripción, los jueces puedan hacer uso del artículo 138° de la Constitución. Es decir, en caso de conflicto entre una norma constitucional y otra legal, así como de una

411. Miguel Marienhoff, *La legitimación en las acciones contra el Estado*, en *La Ley*, 1986, pp. 899 ss.

412. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales...*, op. cit., p. 226.

norma legal y una norma administrativa, los jueces prefieren la norma superior sobre toda otra norma de rango inferior. Ello podrían inaplicar normas administrativas contrarias a la Constitución y a la ley, vencido el plazo prescriptorio, pero en vía incidental en un proceso judicial ordinario, más ya no en un proceso de acción popular.

Finalmente, resulta incongruente que la acción popular siga siendo competencia de la justicia ordinaria, cuando es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde la función del control constitucional y eventualmente legal; en este sentido, la acción popular si bien podría tramitarse en sede judicial debería en última instancia ser resuelta en sede constitucional, afín de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional.

7. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Como una innovación dentro de las facultades clásicas del Tribunal Constitucional, el artículo 202° inciso 3 de la Constitución peruana de 1993, señala que corresponde al Tribunal Constitucional «conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución conforme a ley»⁴¹³. Al respecto, la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha regulado en siete artículos el conflicto constitucional. Este supuesto se materializa cuando los poderes y organismos constitucionales autónomos disputen entre sí una competencia o atribución constitucional, mediante la emisión de actos, disposiciones, resoluciones o inclusive normas legales. El antecedente más cercano del conflicto constitucional lo encontramos en el debate de la Constitución de 1979, y en el desarrollo legislativo de la regionalización. El novedoso —aunque ciertamente tímido— esquema descentralista que asumió dicha Constitución, provocó inevitables conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales, lo que se intentó solucionar con la institución del «conflicto de competencia territorial a nivel legal»⁴¹⁴. De esta manera, el artículo 71° de la Ley N° 24650, Ley de Bases de la Regionalización, señalaba que «los conflictos entre un gobierno regional y un gobierno local, entre gobiernos regionales y entre un gobierno regional y el gobierno central son resueltos por la Corte Suprema, tramitándose

413. César Landa, *El conflicto de competencia en la Constitución del Perú de 1993*, en *revista del Foro*, Año LXXXI, N° 1, CAL, Lima, 1994.

414. El proyecto constitucional de 1979 asignaba al Tribunal de Garantías Constitucionales la potestad de «resolver los conflictos de competencia entre el Poder central y los órganos departamentales y regionales, así como de éstos entre sí»; pero, finalmente, esta facultad no fue aprobada.

el proceso en primera instancia ante la Segunda Sala Civil y en segunda instancia ante la Primera Sala civil de la Corte Suprema». Sin embargo, por diversos motivos, esta institución no tuvo el desarrollo jurisprudencial deseado. Pero en base a estos escarceos normativos, la Constitución de 1993 incorporó esta nueva garantía o proceso constitucional denominado «conflicto de competencias y atribuciones», que se manifiesta en los conflictos competenciales entre poderes y organismos constitucionales de rango constitucional, como en conflictos territoriales entre los organismos constitucionales descentralizados entre sí, o contra el gobierno central, como señala el art. 46º de la LOTC.

Esta garantía constitucional protege fundamentalmente dos principios: uno, la separación de poderes y de organismos constitucionales –división horizontal–, y; dos, la redistribución territorial del poder –división vertical–, postulados en los artículos 43º y 44º de la LOTC.

Aunque la Constitución no define la noción de conflicto de competencia y atribuciones, podemos aproximarnos en virtud de la LOTC, a diferenciarla de otros tipos de conflicto: a) Conflicto jurisdiccional, que genera una «contienda de competencia», que es resuelta por la Corte Suprema. b) Conflicto inter-orgánico infraconstitucional, o sea cuando éste se produce entre distintas administraciones públicas del Estado, pero de un rango legislativo o administrativo, es decir infraconstitucional. c) Conflicto intraorgánico de jerarquía, cuando se produce al interior de un mismo ente, cuya resolución le corresponde al organismo superior.

Descartados esos tipos de conflictos, se puede reconocer el conflicto de competencias y atribuciones por dos elementos fundamentales⁴¹⁵: uno subjetivo, que el conflicto importe la competencia de por lo menos un órgano constitucional. Otro objetivo, que verse en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales relativas a la distribución de competencias. De aquí se desprende que en primer lugar, no basta que exista un conflicto de competencia y atribuciones, sino que es necesario que éste sea de rango constitucional, es decir, que la materia o atribución en conflicto goce del reconocimiento constitucional –elemento objetivo– y que por lo menos uno de los sujetos en conflicto tenga jerarquía constitucional –elemento subjetivo–. En segundo lugar, por la imprecisión en la terminología constitucional, será necesario acudir a principios y métodos de interpretación, inspirados en el derecho y en la doctrina constitucional comparada, para definir los casos de

415. Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen II, Los órganos constitucionales. El Estado Autonómico, Madrid, 1993, p. 333.

conflictos de atribuciones y competencias, tanto funcionales como territoriales⁴¹⁶.

Ahora bien, cabe señalar que el conflicto constitucional puede ser de dos clases: a) Conflicto positivo, cuando dos o más entidades constitucionales se disputan entre sí una competencia o atribución constitucional. b) Conflicto negativo, cuando dos o más entidades constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional⁴¹⁷. En el primer caso, la legitimidad procesal para actuar recaerá en él o los organismos que se consideren afectados, por la intromisión de otro organismo en sus competencias o atribuciones. En el segundo caso, la legitimidad procesal activa podrá reposar en un particular –persona natural o jurídica– afectado por la negativa de la entidad estatal, para asumir una competencia o atribución por otro órgano del Estado, según señala el art. 49º de la LOTC.

En cuanto a la oportunidad de accionar, el conflicto constitucional de competencia y atribuciones aparecerá cuando haya una aplicación, errónea o falsa, de las normas constitucionales en torno a la distribución de competencias y atribuciones constitucionales entre dos poderes u organismos autónomos constitucionales, y en la medida que éste se materialice en un acto, disposición o resolución que incluso puede ser una ley, señala la LOTC apartándose de la doctrina comparada, que excluye a las normas legales⁴¹⁸. Además, no debería existir una relación jerárquica entre los sujetos constitucionales en conflicto. Para resolver el conflicto, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debería utilizar los criterios antes mencionados e interpretar la Constitución, sobre la base del concreto conflicto de competencias que se le presente para resolver. De modo que la resolución se estructure sobre realidades concretas y no sobre silogismos jurídicos, en el marco de las técnicas de interpretación constitucional. Ahora bien, la Constitución peruana no es particularmente precisa en lo relativo a la asignación de competencias y atribuciones, pudiendo generar así conflictos constitucionales por vacíos normativos. En ese sentido, cuando el Tribunal Constitucional deba verificar a quién le corresponde la competencia o atri-

416. María Trujillo Rincón, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp. 243 ss.; Angel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, CEC, 1992, pp. 324-351; asimismo, Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 43 ss.

417. Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui, *El Tribunal Constitucional. Formularios y doctrina procesal*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 237 ss.; asimismo, María Trujillo Rincón, *Los conflictos entre órganos constitucionales del estado*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp. 243 ss.

418. Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, pp. 163 ss.

bución constitucional, muchas veces no bastará con el propio texto constitucional, sino que será necesario interpretar la Constitución conforme a la ley –*Gesetzkonforme Auslegung der Verfassung*– tal como lo prevén los artículos 22º y 46º de la propia LOTC.

Sin embargo, ante la falta de leyes que desarrollen la norma constitucional, u oscuridad de las mismas en la delimitación de competencias de cada organismo constitucional en conflicto, el Tribunal Constitucional podría apelar en lo que fuese factible al concepto de bloque de constitucionalidad⁴¹⁹, recogido en los artículos 46º y 47º de la LOTC. Pero en cualquier caso, el Tribunal Constitucional sí tendrá que interpretar la Constitución de conformidad con los principios y técnicas para la delimitación de las competencias, que se condensan en una suerte de *test de la competencia* (ver Primera Parte, Cap. 4, 4.3.). Estos de manera sintética son:

El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar el principio de jerarquía al de la competencia, generando una preeminencia de los intereses generales del Estado sobre los intereses de los poderes y organismos constitucionales, pero en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir, que existiendo duda sobre el titular de la competencia o atribución se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones.

El principio de la competencia⁴²⁰, que se expresa en la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente. Finalmente, en virtud del bloque de constitucionalidad y el *test de la competencia*, el Tribunal Constitucional deberá realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional, pero no especulando dogmáticamente con las normas sino concretándolas al problema planteado, de acuerdo con los principios y métodos constitucionales, para hallar razonablemente la delimitación competencial correspondiente.

419. Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad* (Simposium franco-español de Derecho Constitucional), Madrid, 1991, pp. 201-202.

420. Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pp. 67 ss; asimismo, Carlos Viver y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989, pp. 19 ss.